Lehrbuch

des

Pandekten-Rechts.

Nach der dritten Auflage

der

DOCTRINA PANDECTARUM

deutsch bearbeitet

von

Dr. C. F. Mühlenbruch,

Geheimen Justizrath und Ritter des Rothen Adlerordens dritter Klasse,
ordentlichem Professor der Rechte zu Göttingen.

KÖNIGL. KREISBIBLIOTHEK IN AUGSBURG

Erster Theil.

Halle,

bei C. A. Schwetschke und Sohn.

1835.

Potius ignorantia juris litigiosa est, quam scientia.

Cic.

Vorrede.

Die Gründe, welche mich zu einer deutschen Bearbeitung der doctrina Pandectarum bestimmt haben, können für den größeren Theil des Publikums gleichgiltig seyn; gerechtfertigt erscheint diese Bearbeitung, wenn sie in dem Kreise der Leser, für welche sie gewünscht wurde, Nutzen stiftet. Ich habe mich dabei dem lateinischen Text, soweit dies irgend möglich war, anzuschließen gesucht, damit die Studirenden, welche sich hier oder auf anderen Universitäten meines Lehrbuchs bedienen, freie Wahl behalten zwischen dem lateinischen Buche und der deutschen Bearbeitung. Allerdings habe ich auch während der letzteren vier Jahre Veranlassung gefunden, Einzelnes zu berichtigen und zu verändern, und es versteht sich von selbst, daß die Aenderungen, von deren Zweckmäßigkeit ich mich überzeugte, in die gegenwärtige Bearbeitung aufgenommen werden mußten. Doch sind deren nur wenige im Vergleich mit den Abänderungen, welche die dritte Auflage der doctrina Pandectarum erhielt, welche, gegen die beiden früheren Auflagen gehalten, in vielen Stücken als ein ganz neues Buch anzusehen ist. Es darf dies mithin als ein wesentliches Hinderniß für den beliebigen Gebrauch des lateinischen oder des deutschen Buchs in dem nämlichen Pandekten-Collegium nicht angesehen werden, und eben so wenig die hinzugefügte neuere Literatur.

In Ansehung des Systems haben sich meine früheren Ueberzeugungen nicht geändert. Ich habe mich hierüber, und namentlich über die Gründe, wodurch ich bewogen wurde, dem allgemeinen Theile die Gestalt und Ausdehnung zu geben, worin er in meinem Buche erscheint, so wie über die Anordnung des Obligationen-Stoffs, an mehreren Orten ausführlich erklärt, — in der Vorrede zur ersten Auflage der d. P., in den Erlanger Jahrbüchern der juristischen Literatur Bd. VIII. S. **17** fgg. und in der A. L. Z. **1831**. Aug. St. **151 — 153.** Dies hier zu wiederholen, halte ich für überflüssig. Nur den Vorwurf, daß die Classification der Obligationen nicht Römisch sei, glaube ich auch jetzt nicht ganz mit Stillschweigen übergehen zu dürfen. Immer mehr nämlich befestigt sich meine Ueberzeugung, daß sich Der dem röm. System weit mehr nähere, welcher bei der Stellung der Obligationen den materiellen Character derselben berücksichtigt, falls dies nur auf die rechte Art geschieht, als Wer unter den Rubriken von pacta legitima, praetoria und variae causarum figurae die verschiedenartigsten Rechtsverhältnisse zusammenwirft, wie dies gewöhnlich geschieht. Gründe für diese Behauptung finden sich in den oben erwähnten beiden Selbstanzeigen und in der Uebersicht der civilistischen Literatur während der Jahre **1830 — 1834.**, A. L. Z. vom Jahre **1835.**

Göttingen, den **1.** März **1835.**

Dr. C. F. Mühlenbruch.

Inhalt.

Einleitung. (S. 1—75.)

Die allgemeinsten Rechtsbegriffe. (§. 1.)

Allgemeine Uebersicht der in Deutschland geltenden Rechtsquellen. (§. 2.)

I. Von den Quellen des Röm. Rechts. A. Allgemeine Uebersicht. (§. 3.) B. Insbesondere a) Gesetze. (§. 4.) b) Das auf Edicten beruhende Recht. (§. 5. §. 6.) c) Das Juristenrecht. (§. 7. §. 8.)

II. Rechtssammlungen vor Justinian. (§. 9.)

III. Justinianisches Recht. A. Die Compilation. (§. 10. §. 11.) B. Justinians Novellen. (§. 12.) C. Römisches Recht unter den Byzantinischen Kaisern. (§. 13.)

IV. Justinianisches Recht im Abendlande bis auf die Glossatoren. (§. 14.)

V. Wiederherstellung des wissenschaftlichen und praktischen Gebrauches der Justinianischen Rechtsbücher im Abendlande. (§. 15.) A. Das Zeitalter der Glossatoren (Schola Irneriana.) (§. 16.) Leistungen der Glossatoren. (§. 17. §. 18.) B. Die Scholastiker, oder Verfall des wissenschaftlichen Studiums nach den Glossatoren. — Schola Accursiana, Sch. Bartolina. (§. 19.) C. Genauere Verbindung der Rechtswissenschaft mit der Literatur. (§. 20.) D. Sieg der Realisten, besonders in Deutschland, und Erneuerung des kritisch-historischen Rechtsstudiums daselbst. (§. 21.)

VI. Allgemeine civilistische Bücherkunde. (§. 22.) A. Quellenausgaben. (§. 23.) B. Interpretationen des Textes. (§. 24.) C. Systeme. (§. 25.) D. Werke, welche Abhandlungen verschiedener Verfasser enthalten. (§. 26.)

VII. Lehrbegriff der Pandekten. (§. 27.) Das System. (§. 28.)

Allgemeiner Theil.

Erstes Buch.

Von den Rechtsquellen. (S. 79—154.)

Erstes Capitel. Von den Rechtsquellen überhaupt und ihrer Entstehung. (S. 79—109.)

I. Begriff von Lex und Gesetz. (§. 29.)

II. Eintheilung der Rechtsquellen.

A. Nach ihrem obersten Erkentnißgrunde. (§. 30.) Allgemeine Characteristik des Röm. Rechts. (§. 31.)

B. Eintheilung der Rechtsquellen nach ihrem unmittelbaren Entstehungsgrunde. (§. 32.)

1) Arten des geschriebenen Rechts. (§. 33.) Einige Arten des auf öffentlicher Sanction beruhenden Rechts überhaupt. (§. 34.) Insbesondere von Rescripten. (§. 35.) Von der Verbindungskraft der Special-Constitutionen. (§. 36.)

2) Das nicht geschriebene Recht.

A. Gewohnheitsrecht. (§. 37.) Erkenntnißgrund und Merkmale des Gewohnheitsrechts. (§. 38.) Das Ansehen des Gewohnheitsrechts. (§. 39.) Die Observanz. (§. 40.)

B. Auctoritäten. (§. 41.)

C. Consequente Schlußfolgerungen aus gegebenen Begriffen. (§. 42.)

D. Die Aequitas (s. g. Billigkeit.) (§. 43.)

E. Naturrecht. (§. 44.)

Zweites Capitel. Beschaffenheit und Verbindungskraft der Rechtsquellen. (S. 109—120.)

Verbindungskraft des Gesetzes an sich betrachtet. (§. 46.)

Subjective Verbindungskraft des Gesetzes. (§. 47.)

Verbindungskraft des Gesetzes a) nach seinem äußeren Umfange. (§. 48.) b) nach seinem inneren Character. (§. 49.)

Anfang und regelmäßige Wirkung der Verbindungskraft. (§. 50.)

Von der Anwendung eines Gesetzes auf frühere Fälle. (§. 51.)

Von Aufhebung und Abänderung der Rechtsquellen. (§. 52.)

Drittes Capitel. Von der Auslegung und Anwendung der Gesetze. (S. 120—145.)

Allgemeine Begriffsbestimmungen. (§. 53.)

I. Von der Auslegung des Rechts. Einleitende Begriffe. (§. 54.)

A. Gemeinschaftliche Hilfsmittel für Kritik und Hermeneutik. (§. 55.)

B. Insbesondere 1. Von der juristischen Kritik. a) Eigenthümliche Hilfsmittel für dieselbe. (§. 56.) b) Grundregeln der Kritik. (§. 57.)

2. Juristische Auslegekunst.

a) Grammatische und logische Interpretation. (§. 58.)

b) Die grammatische Interpretation. α) Gründe einer dunkeln Rede. (§. 59.) β) Regeln der grammatischen Interpretation. (§. 60.)

c) Logische Interpretation. α) Verhältniß-Bestimmung derselben zur grammatischen. (§. 61.)

β) Feststellung des Sinnes eines Gesetzes

1) Ueberhaupt. (§. 62.)

2) Insbesondere von der Interpretation unbestimmter oder zweideutiger Vorschriften. (§. 63.)

γ) Analogie. (§. 64.)
δ) Die s. g. Restrictiv=Interpretation. (§. 65.)
d) Ueber die Construction von Rechtsregeln aus den Justinianischen Rechtsbüchern. (§. 66.)
e) Anwendung früherer Gesetze auf später erst aufgekommene Verhältnisse. (§. 67.)
II. Besondere Regeln über Anwendung des Rechts. (§. 68.)

Viertes Capitel. Von der Concurrenz und dem Conflicte der Rechtsquellen. (S. 145—154.)
I. Verhältniß des fremden zum einheimischen Rechte. (§. 69.)
II. Verhältniß verschiedener Gesetze, denen an sich gleiche Kraft und Wirkung beizulegen ist. (§. 70.)
III. Insbesondere von dem Verhältnisse der einzelnen Theile und Stellen des Justinianischen Rechts zu einander. (§. 71.)
IV. Von dem Conflict verschiedener Landes= und Ortsrechte. (§. 72. §. 73.)

Zweites Buch.
Das Recht. (S. 154—324.)

Erstes Capitel. Von den Rechten und den Hauptgattungen derselben. (S. 154—168.)
Begriff und Wesen des Rechts. (§. 74.)
Gegensatz von jus und factum. (§. 75.)
Die Hauptgattungen der Rechte.
I. Gegenwärtiges, künftiges Recht. (§. 76.)
II. Eintheilungen der Rechte nach ihrem Inhalte, und zwar
A. ihren Hauptbestandtheilen. (§. 77.)
B. Nach ihrem wesentlichen Character. (§. 78.)
C. Nach den Klagen (Jus in rem und in personam). (§. 79.)
III. Von singulären Rechten und Privilegien. 1) Arten derselben. (§. 80.) 2) Entstehung und Aufhören der Privilegien. (§. 81.) 3) Von der Wirkung der Privilegien. (§. 82.)

Zweites Capitel. Von Handlungen als Grund der Rechte. (S. 168—221.)
Begriff von factum im juristischen Sinne. (§. 83.)
A. Von der Zeit.
I. Allgemeine Bestimmung der Fälle, wofür der Zeitbegriff zur Anwendung kommt. (§. 84.)
II. Die Zeittheile und deren Berechnung. (§. 85.)
III. Continuum, utile tempus. (§. 86.)
IV. Civil= und Naturalcomputation. (§. 87.)

B. Vom Orte (Gegenwart und Abwesenheit). (§. 88.)
Allgemeine Eintheilung willkührlicher Handlungen (Delict, Strafe.) (§. 89.)
Erforderniß juristischer Handlungen. (§. 90.)
I. Von der erforderlichen Willensrichtung
1) Mangel an Willensfähigkeit. (§. 91.)
2) Mangel der freien Selbstbestimmung. (§. 92.)
Insbesondere
a) Vom Zwange (vis et metus). (§. 93.)
b) Vom Dolus. (§. 94.)
c) Irrthum und Unwissenheit. (§. 95.) Insbesondere: vom Unterschiede zwischen juris und facti ignorantia. (§. 96.)
3) Wahrhafte, oder ernstliche Willensmeinung. (§. 97.)
II. Von der Willenserklärung selbst. (§. 98.) Insbesondere a) Vom Einfluß eines fremden Willens auf Jemandes Handlungen. (§. 99.)
b) Von der Genehmhaltung (Ratihabition). (§. 100.)
Insbesondere von Rechtsgeschäften.
I. Haupteintheilungen derselben. (§. 101.)
II. Erfordernisse der Rechtsgeschäfte.
1) Nach allgemein-rechtlichen Voraussetzungen. (§. 102.)
2) Nach positiven Rechtsvorschriften. (§. 103.)
III. Bestandtheile der Rechtsgeschäfte. (§. 104.)
1) Bedingung.
a) Begriff. (§. 105.) b) Arten der Bedingungen. (§. 106.) c) Beschaffenheit der Willensmeinung des Disponenten. (§. 107.) d) Rechtliche Wirkung der Bedingungen. (§. 108.) e) Erfüllung der Bedingung. (§. 109.)
2) Von der Zeitbestimmung (dies). (§. 110.)
3) Vom Modus. (§. 111.)
4) Von Geschäftsclauseln. (§. 112.)
Von nichtigen und wirkungslosen Geschäften. (§. 113.)
Convalescenz und Verwandlung der Rechtsgeschäfte. (§. 114.)
Auslegung der Rechtsgeschäfte. (§. 115.)

Drittes Capitel. Regeln über Erwerb, Verlust, Erhaltung und Ausübung der Rechte. (S. 121—242.)
I. Vom Rechtserwerbe.
1) Gewerbsarten. (§. 116.)
2) Allgemeine Regeln über Rechtserwerb. (§. 117.)
II. Vom Rechtsverluste.
1) Im Allgemeinen. (§. 118.)

2) Insbesondere
a) Vom Verzichte. (§. 119.)
b) Von der Rechtsübertragung. (§. 120.)
Wirkung der Rechtserlöschung. (§. 121.)
Von der Verjährung, als Grund eines Rechtserwerbes oder Verlustes.
1) Begriff und Arten. (§. 122.)
2) Allgemeine Rechtsgrundsätze über Verjährung. (§. 123.)
III. Von der Sicherung der Rechte.
1) Uebersicht der Sicherungsmittel. (§. 124.)
2) Insbesondere
a) Von der Protestation und Reservation. (§. 125.)
b) Von Cautionen.
α) Grund und Eintheilung derselben. (§. 126.)
β) Von der Cautionsleistung selbst. (§. 127.)
c) Von der Inventur. (§. 128.)
IV. Vom Gebrauch oder Ausübung des Rechts.
A. Allgemeine Regeln. (§. 129.)
B. Das Recht der Stellvertretung.
1) Ueberhaupt. (§. 130.)
2) Insbesondere
a) Vom Rechtserwerb und von Begründung eines Obligationsverhältnisses durch Andere. (§. 131.)
b) Vom Rechtsverhältniß zwischen Geschäftsführer und Prinzipal zu dritten Personen. (§. 132.)
c) Von der Verbindlichkeit auf Rechnungsablegung. (§. 133.)

Viertes Capitel. Von der Verfolgung und Vertheidigung der Rechte. (S. 242 — 310.)
I. Verbot der Selbsthilfe. (§. 134.) Ausnahmen und Beschränkungen dieses Verbotes
1) Im Allgemeinen. (§. 135.) 2) Insbesondere vom Retentionsrechte. (§. 136.)
II. Von den gerichtlichen Rechts- und Schutzmitteln. A. Ueberhaupt. (§. 137.) B. Insbesondere
1) Von den Klagen. (§. 138. §. 139.)
Von der Klagenconcurrenz. (§. 140.)
2) Von den Einreden. (§. 141.) Von den Mitteln, einer dolosen, oder leichtsinnigen Prozeßführung vorzubeugen. (§. 142.) Von der Rechtsverfolgung selbst. I. Einleitung des Prozesses. Insbesondere 1) Von den interrogationes in jure. (§. 143.) 2) Von der Litiscontestation. (§. 144.) II. Vom Beweise. 1) Uebersicht der Lehre. (§. 145.) 2) Gegenstand des Beweises. (§. 146.) 3) Beweislast. (§. 147.)

4) Beweismittel. (§. 148.)

Insbesondere vom Eide. a) Begriff und Arten desselben. (§. 149.) b) Erfordernisse des Eides. (§. 150.) c) Wirkung des Eidschwures. (§. 151.) d) Vom gerichtlichen Schiedes-Eide. (§. 152.)

III. Vom rechtskräftigen Erkenntnisse. (§. 153.) Von der Condemnatio in id, quod facere potest debitor (s. g. beneficium competentiae). (§. 154.)

IV. Interdicte. (§. 155.)

V. Von den missiones in bona.

A. Gründe und Gegenstand. (§. 156.)

B. Wirkung der miss. in bona. (§. 157.)

VI. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

A. Allgemeine Grundsätze.

1) Begriff und einleitende Bemerkungen. (§. 158.)

2) Erfordernisse jeder Restitution. (§. 159.)

3) Von den Rechtsmitteln, den Subjecten und den Beschränkungen der Restitution. (§. 160.)

4) Wer kann Restitution ertheilen, und wie wird sie ertheilt? (§. 161.)

5) Von der Wirkung der Wiedereinsetzung in den vor. Stand. (§. 162.)

B. Einzelne allgemeine Restitutionsgründe.

1) Restitution wegen Zwang. (§. 163.)

2) Restitution wegen Dolus. (§. 164.)

3) Restitution wegen Irrthums. (§. 165.)

4) Restitution wegen Abwesenheit und aus der General-Clausel. (§. 166.)

Fünftes Capitel. Von der Concurrenz und dem Conflict der Rechte. (S. 310—324.)

Begriffsbestimmung. (§. 167.)

I. Von der rechtl. Communion (im weiteren Sinne). (§. 168.)

II. Von subjectiver Collision der Rechte. (§. 169.)

III. Vom Concurs der Gläubiger.

1) Eröffnung des Concurses. (§. 170.)

2) Nächste Wirkung der Concurseröffnung. (§. 171.)

3) Mittel, den Verkauf des Vermögens zu verhindern. (§. 172.)

4) Classification der Gläubiger. (§. 173.)

5) Von der Rescission der zum Nachtheil der Gläubiger vorgenommenen Handlungen. (§. 174.)

6) Von den Separationen im Concurse. (§. 175.)

Besonderer Theil.

Erstes Buch.

Die Personen und die rein persönlichen Rechte. (S. 327.)

Erstes Capitel. Vom Rechtssubject überhaupt und den allgemeinen rechtlichen Verschiedenheiten der Menschen. (S. 327—346.)

Begriff von Person. (§. 176.)

I. Die auf physischen Gründen beruhende Rechtsfähigkeit.

A. Grundbedingungen derselben. (§. 177.)

B. Die auf natürlichen Gründen beruhenden rechtlichen Verschiedenheiten.

1) Alters-Verschiedenheiten. (§. 178.)
2) Geschlechts-Verschiedenheiten. (§. 179.)
3) Einfluß der Gesundheit auf Rechtsverhältnisse.
a) Körperliche Gesundheit und Vollständigkeit. (§. 180.)
b) Geistige Gesundheit. (§. 181.)

II. Die juristische Rechtsfähigkeit. (Caput, status.) (§. 182.)

Von den auf den status sich beziehenden Klagerechten. (§. 183.)

III. Erlöschung der Persönlichkeit. (Capitis deminutio.) (§. 184.) — Von s. g. Commorienten, oder über Priorität des Todes. (§. 185.) — Von der Präsumtion des natürlichen Todes. (§. 186.)

Zweites Capitel. Von der Civität. (S. 347—381.)

Erste Abtheilung. Die Civität Einzelner. (S. 347—365.)

Allgemeine Begriffe. (§. 187.)

Rechtliche Verschiedenheiten unter Bürgern. (§. 188.)

Vom geschmälerten Ehrenrecht.

a) Dessen Arten und Gründe. (§. 189. §. 190.)
b) Nachtheile des verminderten Ehrenrechts. (§. 191.)
c) Herstellung des vollen Ehrenrechts. (§. 192.)

Von bürgerlichen Lasten und Rechten. (§. 193.)

Befreiung von bürgerlichen Lasten. (§. 194.)

Von Begründung und dem Wegfallen der Civität, in Verbindung mit der Lehre vom Wohnorte. (§. 195.)

Zweite Abtheilung. Die Civität der juristischen Personen. (S. 365—381.)

Allgemeine Begriffe. (§. 196.)

I. Von juristischen Personen als Gesammtheiten oder Vereine (Personarum universitates).

Allgemeine Grundsätze. (§. 197.)

Insbesondere

1) von städtischen Gemeinheiten. (§. 198.)

2) Von öffentlichen Behörden und Beamten. (§. 199.)
3) Von eigentlichen Corporationen. (§. 200.)

II. Von den s. g. pia corpora. (§. 201.)

III. Das Recht des Fiscus. (§. 202.)

Von Steuern und Zöllen, oder: von directen und indirecten Abgaben. (§. 203.)

Drittes Capitel. Von dem Familienrecht im weiteren Sinne. (S. 381—394.)

Begriff. (§. 204.)

Begriff und Arten der Verwandtschaft. (§. 205.)

Cognaten im e. S. und Agnaten. (§. 206.)

Mehrfache, vollbürtige, halbbürtige Verwandtschaft. (§. 207.)

Adfinität. (§. 208.)

Rechte der Verwandtschaft und Adfinität

1) im Allgemeinen. (§. 209.)

2) Insbesondere a) von den conjunctae personae und deren Rechtsverhältniß. (§. 210.) b) Von der gesetzlichen Alimentations-Verbindlichkeit. (§. 211.)

Einleitung.

§. 1.

Die allgemeinsten Rechtsbegriffe.*)

Der Sinn für Recht und Unrecht ist dem Menschen angeboren, obwohl er erst zum deutlichen Bewußtseyn gelangen und vollkommen ausgebildet werden kann, wenn Menschen zu einander in Wechselwirkung treten. Diese angeborne Rechtsidee ist das älteste Gesetz und die ewige Richtschnur für menschliche Handlungen; mit ihr ist auf das innigste verbunden der Begriff Gerechtigkeit, oder die im Zusammenleben mit Anderen sich offenbarende Achtung vor dem Rechts- und Sittengesetz [1]). Für die große Mannigfaltigkeit der Zustände und Verhältnisse aber, welche menschliches Zusammenleben und menschlicher Verkehr erzeugen, ist das Naturgesetz nicht als zureichende Entscheidungsquelle anzusehen; es tritt, um die rechtlichen Verhältnisse vollständig zu ordnen, das Bedürfniß eines positiven Rechts ein, und dieses kann nicht für alle Völker und zu allen Zeiten dasselbe seyn, da die Zustände nicht die nämlichen sind, auf die es angewandt werden soll [2]). Der also erweiterte Begriff des Rechts bleibt natürlich nicht ohne Einfluß auf den von Gerechtigkeit, d. h. was gerecht sei, ist zunächst nach der Uebereinstimmung mit den in einem Staate anerkannten Rechtsbegriffen zu bestimmen [3]). Diese nothwendige Verbindung nun zwischen dem, was recht (oder gerecht) ist, und zwischen der dafür geltenden Erkenntniß-

quelle erklärt von selbst die doppelte Hauptbedeutung des Worts Recht (jus), welche man durch die Ausdrücke: Recht im subjectiven und im objectiven Sinn, zu bezeichnen pflegt [4]). Unter diesem versteht man die Norm für rechtliche Zustände und Verhältnisse, oder — nach dem scholastischen Ausdrucke — jus pro lege sumtum [5]); unter jenem die dem Rechtsgesetze angemessene Handlungsweise [6]), oder auch den Inbegriff von Rechten und Pflichten selbst, — s. g. jus pro facultate sumtum [7]). Außerdem aber giebt es noch gewisse Nebenbedeutungen, besonders (s. Note **10**. a. E.) des Worts jus, welche man auch die technischen Bedeutungen nennen kann, da sie zwar mit den Hauptbegriffen verwandt sind, doch aber keine bloße Anwendung derselben enthalten [8]). Sie lassen sich wieder auf zwei Klassen zurückführen: a) jus als ausschließliche Benennung für Rechtsbegriffe und Rechtsquellen einer gewissen Art [9]), und b) jus im Gegensatz von judicium [10]).

*) Dig. I, 1. — *Ge. Chr. Gebaueri* D. de justitia et jure (in exercitt. academic. Vol. I. Erf. 1776. Diss. V.).

1) Auct. ad *Herenn.* III, 2. *Cic.* de invent. II, 58. Id. de finib. V, 23. — In diesem Sinne sagt Ulpian: jus stamme von justitia ab; L. 1. pr. §. 1. D. *de J. et J.* I, 1. Er hat hier nämlich nicht die Etymologie des Worts, sondern die Ableitung des Begriffs vor Augen. — Vgl. *Guil. Marani* paratitt. ad Tit. D. de J. et J. (opp. ed. *Trotz* p. 1.) Vgl. *J. Aeg. Menagii* amoenitates jur. civ. c. 39. v. *jus*. — *Ulr. Huberi* eunomia Romana ad h. l. (Amstel. 1724. p. 9.). — *G. Noodt* ad Dig. I, 1. init. — *A. Schultingii* enarr. part. primae Dig. I, 1. §. 8. — K. Th. Welcker System der Rechts-, Staats- u. Gesetzgebungslehre (I. Stuttg. 1829.) S. 544 fgg. „Justitia est constans et perpetua voluntas, jus suum cuique tribuendi." L. 1. pr. D. *de J. et J.* (*Ulp.*). *Cic.* de finib. V, 23. — Ueber die Aristotelisch-scholastische Definition und Eintheilung der Gerechtigkeit s. m. *Schulting* a. a. O. §. 6. 7. *Gebauer* a. a. O. §. V. F. v. Raumer geschichtl. Entwickelung von Recht, Staat und Politik (Leipz. 1826.) S. 16. 17.

2) *A. Gellii* noct. atticar. Lib. 20. c. 1.

3) Auct. ad *Herenn.* II, 13. „Lege jus est id, quod populi jussu sancitum est; quod genus: *ut in jus eas, cum voceris.*" — *Ulpian.* L. 9. D. *de legib.* I, 3. „Non ambigitur, senatum jus facere posse." *Paul.* L. 11. D. *de J. et J.* „Praetor quoque jus reddere dicitur, etiam, cum inique decernit." cf. L. 9. *eodem.* L. 2. §. 9. *de O. J.* I, 2. L. 17. §. 1. D. *de inofficioso testam.* V, 2. L. 50. §. 1. D. *de legat.* I. XXX.

4) Welcker die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe (Gießen 1813.) S. 5. Desselben System ꝛc. I. S. 558. Note 432. A. F. J. Thibaut's Versuche üb. einzelne Theile d. Theorie des Rechts. I. Abh. V. — Falck jur. Encycl. §. 6.

5) Es sind nur besondere Anwendungen dieses Begriffs, wenn man noch unterscheidet a) Recht für jede rechtliche Wahrheit (Auct. ad *Herenn.* II. 13. — Rubr. Inst. *de jure nat. gent. et civ.*), b) Recht für einen Inbegriff gewisser Rechtsquellen (z. B. Röm. Recht), c) Recht für Rechtswissenschaft, oder für den wissenschaftlich geordneten Inbegriff von Rechtswahrheiten. (Vgl. *Ernesti* Cl. Cic. v. jus civile, divinum, naturale, gentium, humanum, pontificium, praediatorium, praetorium, privatum, publicum, Quiritium. *Brisson.* de V. S. v. *jus.* §§. 1—3. 5—7.) — Doch umfaßten die Römer mehr als dieses durch ihren Begriff von jurisprudentia, worauf auch die Definition bezogen werden kann, welche Ulpian in der L. 1. pr. D. *de J. et J.* giebt: „Jus est ars aequi et boni" (s. *Noodt* in comment. ad Dig. *h. t.* §. *altera rubricae pars.* *A. Schulting* a. a. O. §. 9.) — S. insonderheit L. 10. §. 2. D. *de J. et J.* „Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia." — *Cic.* de offic. 1, 43. — *G. Chr. Gebaueri* D. l. l. §. XI. — Welcker System ꝛc. S. 552 fgg.

6) Hierauf bezieht sich der Gegensatz von jus und injuria. L. 1. D. *de injuriis* XLVII, 10.

7) „Jus interdum pro qualibet facultate usurpatur, veluti in definitione actionis, ususfructus, itineris, actus, viae, (cognationis, agnationis,) et generaliter, quidquid ad aliquem spectat, pertinet, quidquid licet, conceditur, permittitur, juris appellatione censetur." *Brisson.* de V. S. v. *jus.* §§. 8—10. Dahin gehört es auch, wenn das jus Quiritium für civitas Romana genommen wird. *Gaji* institutiones, I. §§. 32 sqq. III. §§. 72. 73. *Ulpiani* Fragm. III. *Brisson.* v. *jus*, §. 6. a. E.

8) Ob man diese Bedeutungen die uneigentlichen nennen könne, ist ein bloßer Wortstreit. Uebrigens s. m. *Quinctil.* instit. orat. VIII. 2. „quidquid non erit proprium, protinus et improprii vitio laborabit."

9) In diesem Sinne werden insbesondere a) das alte Civilrecht und die civilrechtlichen Geschäftsformen den neueren Rechtsbegriffen und Rechtsquellen entgegengesetzt, besonders dem prätorischen Recht (*Brissonius* v. jus §. 4.), womit denn auch ein Gegensatz von jus und factum in Verbindung steht (z. B. die Eintheilung der formulae in in jus und in factum conceptae (*Gaji* inst. IV. §. 45 sq.). Vgl. auch L. 27. §. 2. D. *de pact.* (II, 14.). — Meine Cession der Forderungsrechte §. 24. gegen das Ende. — Zimmern der röm. Civilprozeß in geschichtl. Entwickelung (Heidelb. 1829.) §. 51. — *Heffter* ad Gaji instit. comment. quartum. (Berol. 1827.) p. 52 sqq. — s. auch unten §. 75. — b) Zur Zeit der Compilationen pflegte *jus* als das in den Schriften der Juristen enthaltene Recht den Constitutionen entgegengesetzt zu werden, z. B. L. 5. C. *quorum appellat. non recipiuntur* VII, 65. — Vgl. *Cujacii* obs. VII, 19. — Savigny Gesch. d. R. R. im Mittelalter. II. S. 44. — Zimmern Röm. Rechtsgesch. I. S. 164. Note 45.

10) L. 9. D. *de cessione bonor.* XLII, 3. „Bonis cedi non tantum in jure, sed etiam extra jus potest." L. 4. §. 1. D. *de interrogat. in jure faciend.* XI, 1. „Quod ait Praetor: qui in jure interrogatus responderit, sic accipiendum est, apud magistratus populi Romani, vel praesides provinciarum, vel alios judices: jus enim eum solum locum esse, ubi juris dicendi vel judicandi gratia consistat." L. 11. D. *de J. et J.* Vgl. *Brisson.* a. a. O.

§. 13. „Aliquando tota disceptatio forensis jus vocatur." *Brisson.* a. a. O. §. 14. — In deutschen Gesetzen und Urkunden wird Recht bisweilen für Gericht genommen, z. B. mit Recht und ohne Recht.

§. 2.

Allgemeine Uebersicht der in Deutschland geltenden Rechtsquellen.

Das in Deutschland geltende Recht beruht auf zwei Hauptquellen, dem fremden (recipirten) und dem einheimischen Recht. Von den fremden Rechtsbüchern kommen hauptsächlich zwei in Betracht: das römische und das canonische Recht. Unter dem römischen verstehen wir hier: die in der ersten Hälfte des sechsten Jahrhunderts von dem oströmischen Kaiser Justinian veranstaltete, auch durch eigne Gesetze dieses Kaisers vermehrte Sammlung von Rechtssätzen und kaiserlichen Constitutionen [1]). Das im s. g. corpus juris canonici enthaltene canonische Recht besteht aus mehreren Rechtssammlungen, deren Quellen hauptsächlich die Decretalen der Bischöfe und Päbste, aber auch Bibeltexte, Concilienschlüsse, Stellen aus Kirchenvätern und Römisches Recht sind [2]); rechtliche Auctorität hat es bei uns, wie das Röm. Recht, auf dem Wege der Gewohnheit erhalten [3]). Außerdem gelten von fremden Rechten noch a) die Longobardische Lehnrechts-Sammlung [4]), deren Gegenstand aber in den Kreis der Pandektenvorlesungen überall nicht gehört. b) Das mosaische Recht [5]); doch wird darüber gestritten, in welchem Umfange es gelte, und wie im Collisionsfall sein Verhältniß zu anderen Rechtsquellen zu bestimmen sei [6]). Das einheimische Recht ist entweder gemeines, von welchem die Reichsgesetze den wichtigsten Theil bilden [7]), oder particularrechtliches und statutarisches. Einzelne neuere Particularrechte haben den fremden Rechten ihr unmittelbar gesetzliches Ansehen entzogen. Wo aber auch dies der Fall ist, da bleibt dennoch dem Juristen das Studium des fremden, besonders des Röm. Rechts unentbehrlich, theils weil die neueren Particulargesetzgebungen zum großen Theil aus diesem Recht und der ihm widerfahrnen wissenschaftlichen Bearbeitung hervorgegangen sind, theils zur Schärfung der

juristischen Urtheilsfähigkeit, so wie zu einer sicheren Erkenntniß und Handhabung der allgemeinen und allenthalben anwendbaren Rechtsgrundsätze, die sich nirgends so genau und vollständig entwickelt und angewandt finden, als gerade in jenem Recht. So läßt sich denn also ein zwiefacher Gebrauch von dem fremden Recht in Deutschland machen: ein unmittelbarer da, wo es als Gesetz gilt — und ein zwar nur mittelbarer, aber völlig eben so wichtiger, indem dadurch alles Rechtsstudium eine feste wissenschaftliche Grundlage erhält, so wie die Anwendung geregelt und erleichtert wird. — Da übrigens die Hauptquelle für unsern Gegenstand Römisches Recht ist, so wird nunmehr von diesem genauer gehandelt werden müssen.

1) S. unten §. 10 u. fgg.

2) Aus der großen Anzahl von Ausgaben dieses Rechtsbuchs mögen hier nur folgende genannt seyn: 1) corpus juris canonici a *Pet. Pithoeo et Francisco Fratre* ad veteres codices manuscriptos restitutum et notis illustratum. II. Vol. fol. (Paris 1687. Lips. 1695 et 1705. fol.) 2) C. J. C. rec. et not. illustr. *J. H. Boehmerus.* Vol. II. Hal. 1747. 4. — Den Anfang einer neuen Ausgabe hat gemacht *Aemil. Lud. Richter.* Lips. 1833.

3) Vgl. Falck juríst. Encycl. §. 93—104.

4) In *H. C. F. Senckenberg* corp. jur. feudal. germ. p. 492 sqq. (ex edit. *J. F. Eisenhart.* Hal. 1772. 8.).

5) J. D. Michaelis mosaisches Recht. (Frkf. a. M. 1770 — 1775. 6 Th. 8.)

6) *J. A. Hellfeld* D. de legis mosaicae valore hodierno (in dessen opusc. Jen. 1789. 4. Nr. I.). — Vgl. Glück Intestaterbfolge §. 135 (d. 2. A.).

7) 1) Neue u. vollständige Sammlung der Reichsabschiede sammt den wichtigsten Reichsschlüssen. 4 Bde. Frkf. a. M. 1747. f. 2) Handbuch d. deutschen Reichsgesetze in systemat. Ordnung, herausgeg. von C. Fr. Gerstlacher. 11 Theile. Carlsruhe 1786 — 1796. 8. — Das Daseyn allgemeiner Reichsgewohnheiten ist bestritten; s. unten §. 37. Note 4.

§. 3.

Allgemeine Uebersicht der Quellen des Römischen Rechts.*)

Auch bei den Römern beruhte das Recht der frühesten Zeit großen Theils auf der Volkssitte[1]). Lange war, wie es scheint, die eigentliche Gesetzgebung für das Privatrecht wenig thätig, wenn es gleich manche Rechtssätze und Einrichtungen

aus alterthümlicher Zeit giebt, welche wohl nur durch Gesetzgebung ihr Daseyn erhalten haben können, und unter dem Namen der leges regiae bekannt sind (Note 1.). Zu Anfang des vierten Jahrhunderts nach Roms Erbauung wurden die Zwölftafelgesetze — diese einfache Grundlage des in der Folge so ausgebildeten Röm. Rechts[2]) — durch die decemviri legibus scribundis abgefaßt und in den Centuriat-Comitien bestätigt[3]). Das spätere Recht enthält meistens nur eine allmählige Fortbildung und Umgestaltung dieses Rechtsbuchs, und zwar erfolgte diese theils durch leges und was diesen wesentlich gleich stand[3a]), theils durch Gewohnheitsrecht, welches hauptsächlich durch zwei Organe practisch vermittelt und äußerlich festgehalten wurde: durch die Edicte der Magistratus, und durch die Juristen. In jenen wurde die natürliche Billigkeit und allgemeine Völkersitte vorzugsweise berücksichtigt; die Juristen (wenigstens der älteren Zeit) dagegen waren auf Erhaltung der Römischen Eigenthümlichkeiten bedacht, indem sie zugleich durch Geschäftsformulare und durch Aufstellung von Rechtsregeln dem Recht und seiner Anwendung Festigkeit und Bestimmtheit zu geben suchten. Die Gesammtmasse des Röm. Rechts nach den XII Tafeln läßt sich daher auf drei, einander gegenseitig modifizirende und ergänzende Elemente zurückführen: Gesetze, Edicte und Juristen-Recht (prudentum interpretatio)**).

*) S. *Chr. Godofr. Hoffmanni* histor. jur. Rom. Just. Vol. I. Lips. 1718. et rec. 1734. Vol. II. ib. 1726. 4. *Jo. Gottl. Heineccii* historia jur. civil. Rom. et Germ. observatt. aucta *Jo. Dan. Ritteri* et *J. Mart. Silberradii* (ed. nov. Argent. 1765. 8.). *Jo. Aug. Bachii* historia jurisprudentiae Romanae, ed. nov. observatt. auxit *Aug. Corn. Stockmann*. Lips. 1807. 8. G. Hugo Lehrbuch der Geschichte d. Röm. Rechts bis auf Just. 11. Ausg. Berl. 1830. 8. (F. A. Schilling Bemerkungen üb. röm. Rechtsgesch.; eine Kritik über Hugo's Lehrbuch. Leipz. 1829.) — A. Schweppe Röm. R. Gesch. u. Rechtsalterth. 3. Aufl. herausgeg. von C. A. Gründler. Gött. 1832. — S. W. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts bis Justinian. Bd. I. Abth. I. II. Heidelb. 1826. Bd. III. (den Röm. Prozeß enthaltend) 1829. — H. R. Stöckhardt Tafeln der Geschichte des Röm. Rechts. Leipz. 1828.

1) *Pompon.* L. 2. §. 1. D. *de O. J.* I, 2. — H. E. Dirksen Uebersicht der bisher. Vers. z. Kritik u. Herstellung d. Textes d. Ueberbleibsel v. d. Gesetzen d. röm. Kön. (in seinen Vers. z. Krit. u. Ausleg. der Quellen d. R. R. Leipz. 1823. Nr. VI. S. 234 fgg.).

2) Daher werden die XII Tafeln auch vorzugsweise Lex, und die dadurch begründeten oder anerkannten Rechtsinstitute legitima genannt. S.

z. B. *Ulp.* Fr. XI, 3. Pr. I. *de legit. adgn. tut.* I, 15. Inst. *de legitima patronor.* et *de legit. parentum tut.* I, 17. 18.

3) *Liv.* III, 34. 37. L. 2. §. 4. D. *de O. J.* (Vgl. *Cic.* de Or. I, 44.) — H. E. Dirksen Uebersicht d. bisher. Vers. z. Krit. u. Herstellung des Textes d. Zwölf-Tafel-Fragmente. Lpz. 1824. — Zimmern a. a. O. Bd. I. §. 29—32. — *A. G. de Schroeter* obs. jur. civ. (Jen. 1825.) Obs. I.

3. a) Die Plebiscita (*Gaj.* I. 3. — „legibus exaequata sunt"), die Senatusconsulta (*Gaj.* I. 4. „Senatusconsultum — — legis vicem obtinet"), die constitutiones principum (*Gaj.* I. 5 — „nec umquam dubitatum est, quin id — quod princeps constituit — legis vicem obtineat"). Aber auch von den responsis prudentum wird gesagt, daß sie „legis vicem" haben; (*Gaj.* I. 7.).

**) Von den Schriftstellern, welche mehrere Quellen des vorjustinianischen Röm. Rechts gesammelt oder erläutert haben, sind hier zu nennen: *A. Augustinus* de legib. et SCtis liber, adjunctis legum antiquarum et SCtorum fragmentis, c. not. *Fulv. Ursini.* Romae 1583. 4., auch in *Graevii* thesauro antiquit. Roman. T. II. p. 1139 sqq. — *Jac. Gothofredi* fontes quatuor juris civilis in unum collecti, puta legis XII tabular. fragmenta, legis Juliae et Papiae itidem fragmenta edicti perpetui, ut et Sabinianorum librorum ordo seriesque; (öfter und in *Ev. Otto* thes. jur. Rom. III. p. 3 sqq.). — *Ant. Schultingii* Jurisprudentia vetus ante-Justin. Continens: quae supersunt ex Caji institutionum Libris IV; Julii Pauli sententiarum receptarum Libr. V, nec non fragm. ex ejus Institutionum Libr. II; Titulos ex corpore Ulpiani XXIX; Codicis Gregoriani et codicis Hermogeniani fragmenta; Mosaicarum et Romanarum legum collationem; Modestini fragmentum; Fragment. regularum ex veteri ICto; Fragmentum Papiniani; Consultationem veteris cujusdam jurisconsulti et Papiani responsorum librum; Dosithei Magistri Libr. III. continent.: Divi Adriani Imp. sententias et epistolas. Edit. nova coll. cum codd. antiquissimo Wurceburgensi et Gothano, praefatus est *Ge. H. Ayrer.* Lips. 1737. 4. — *Chr. G. Hoffmanni* hist. jur. Rom. Just. Vol. II., cujus parte priori continentur fragmenta legum regiar.; collectio LL. Graecar.; fragmenta XII tabular.; edictum perpetuum. — Jus civile antejustinianeum codicum et optimarum editionum ope a societate jurisconsultorum curatum. Praefatus est *G. Hugo.* Tom. I. Ulpianum, Paulum, Cajum, Papinianum, Modestinum, Auctorem regularum, codices Gregorianum et Hermogenianum, Theodosiani vero libros decem priores continens. Tom. II. Codicis Theodosiani libros sex posteriores, Novellas, constitutiones imperatorum Justiniano anteriorum, Mosaicarum et Romanarum legum collationem, consultationem veteris cujusdam jurisconsulti, legem Romanam Burgundionum, fragmenta jurisconsultorum ac constitutiones imperatorum e finium regundorum auctoribus collecta, denique indicem titulorum duplicem continens. Berol. 1815. (Ein reichhaltiges Verzeichniß von den Ausgaben der Quellen des Civilrechts findet man bei Hugo's Ausg. von *Julii Pauli* sentent. recept. Berol. 1795. 8.)

§. 4.

Gesetze.

Die ältesten Gesetze waren die eigentlichen leges, d. i. die in den höheren Comitien (populi comitia) durchgesetzten [1]), denen aber sehr frühe schon die in den Comitien der Plebs beschlossenen (Plebiscita) gleichgestellt wurden [2]). Noch während der Republik kamen die Senatusconsulta hinzu [3]), eine, besonders unter den früheren Kaisern [4]) reichlich fließende Rechtsquelle [5]). An diese schließen sich die von den Kaisern als obersten Magistratus erlassenen Verfügungen (constitutiones principum) an, wozu sie nach der Angabe der Röm. Juristen durch die Lex regia (d. i. wohl nur die Bestätigung des Senatusconsults über die Wahl des Imperators in den Comitien) befähigt wurden [6]). Diese Verfügungen erschienen theils als Edicte — d. h. öffentlich bekannt gemachte und in der Regel allgemein geltende Bestimmungen [7]), — theils auf besondere Veranlassung in der Form von Decreten [8]), Rescripten [9]), Mandaten, oder Instructionen an Provinzialmagistratus [10]). Auch noch unter den ersten Kaisern giebt es Leges und bis über den Anfang des dritten Jahrh. nach Chr. hinaus Senatusconsulte mit Gesetzeskraft, wiewohl meistens als orationes principum [11]); von da an aber werden die kaiserlichen Constitutionen das einzige Organ der positiven Gesetzgebung [12]).

1) Populiscita; *Leges* curiatae, centuriatae.

2) Verzeichnisse der alten Leges und Scta haben geliefert: *Fr. Hotomanus* (in *J. G. Clausingii* jus publicum Romanor. III. Nr. V.), *Pardulphus Pratejus* (veteres pop. Rom. leges, quae post XII tabulas latae sunt, ordine alphabet. digestae, Venet. 1572, und mit Zusätzen von Ev. Otto in dessen thes. jur. Rom. T. V. p. 480 sqq.) u. *Jo. Aug. Ernesti* (index legum, quarum in libris Ciceronis nominatim mentio fit, in dessen clave Ciceroniana, p. 1—44. ed. IVtae). — Auf uns gekommene alte Leges oder Bruchstücke derselben haben gesammelt, so wie verloren gegangene aus anderen Quellen wiederherzustellen versucht, besonders: *A. Augustinus* de legibus Liber cap. XVIII. (in *Graev.* thes. antiquitt. Rom. p. 1173—1328.), *Barn. Brissonius* (Lib. II. de formulis solennibus pop. Rom. c. 21—41.); andere Schriften hierüber s. m. bei *Haubold* in T. I. inst. jur. Rom. litter. (Lips. 1809. 8.) §. 85—90. §. 110—115.; ferner in den instit. jur. priv. Rom. histor. dogmaticar. lineamentis (Lips. 1826. ed. 2.) p. 125 sq. — Von einzelnen Leges ist ganz besonders, als eine der Hauptquellen des Röm. Rechts unter den jur. Klassikern, zu bemerken die Lex Julia et Papia Poppaea (762 n. R. Erb.). — *J. G. Heineccii* ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Amst. 1726. 4.

3) *Cic.* Top. cap. 5. Tab. Heracleensis, Lin. 72. (Hugo's civiliſt. Magaz. III. p. 466.) *Pomponius* L. 2. §. 9. *de origine juris.* („Quia difficile plebs convenire coepit, populus certe multo difficilius in tanta turba hominum: necessitas ipsa curam reipublicae ad Senatum deduxit. Ita coepit Senatus se interponere, et quidquid constituisset, observabatur: idque jus appellabatur Senatusconsultum.") *Theophili* paraphr. Inst. I, 2. §. 5. (*Gaji* inst. I, 4. „Senatusconsultum est, quod Senatus jubet atque constituit, idque legis vicem obtinet; *quamvis fuit quaesitum.*")

4) *Orationes principum* appellari solita sunt, quae ad imperatorum orationes, libellos, epistolas Senatus decreverat. *C. O. a Boeckelen* D. de orat. principum (in opusc. de sectis et philos. JCtorum veter. p. 109 sqq.). — Dirkſen im Rhein. Muſeum II. S. 94 fgg.

5) Ueber die unmittelbar oder mittelbar uns erhaltenen SCte ſ. m. *A. Augustini* liber de SCtis, bei *Graevius* l. l. p. 1328—1378. — *Barn. Brissonii* Lib. II. de formulis c. 81—86. c. 88—166. et c. 170. (orationes principum in Senatu habitae recitataeve); *Hauboldi* instit. jur. Rom. litt. §. 91—94. §. 116—117.

6) *Gaji* institut. I, 5. „Constitutio principis est, quod imperator decreto, vel edicto, vel epistola constituit; nec unquam dubitatum est, quin id legis vicem obtineat, *cum ipse imperator per legem imperium accipiat.*" §. 6. I. *de j. n. g. et c.* I, 2. *Ulpian.* L. 1. pr. et §. 1. D. *de constitut. principum* I, 4. „Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat." (ſ. *Ger. Noodt* D. de jure summi imperii et lege regia; in opp. T. I. p. 548. 549. Vgl. const. *Deo auctore* §. 7. Zimmern R. G. I. §. 43. Dirkſen civ. Abh. I. S. 176 u. 284. Ebenderſelbe comment. de novo praesidio cris. et interpr. ex re formularia Romanor. petendo. (Reg. 1826.) Nr. II.) „Quod igitur imperator per epistolam et subscriptionem statuit, vel cognoscens decrevit, vel de plano interlocutus est, vel edicto praecepit, legem esse constat: haec sunt, quas vulgo constitutiones appellamus." Vgl. §. 6. I. *de J. N. G. et C.* I, 2. — Uebrigens ſahen nicht alle Röm. Juriſten die kaiſerlichen Conſtitutionen als unbedingt geltende Autoritäten an; ſ. z. B. L. 1. §. 14. D. *ad leg. Falcid.* XXXV, 2.; auch ſuchten die Kaiſer ſelbſt wohl eine Beſtätigung ihrer Verfügungen beim Senat nach. S. *Heineccius* in histor. edict. L. II. c. 3. §. 1.; auch Löhr Ueberſicht d. Conſtitut. Progr. 2. S. 7. Note 3.

7) *B. Brissonii* Lib. III. de formul. c. 8. *J. G. Heineccii* histor. edictor. Lib. I. c. 9.

8) *Theophili* Paraphr. ad §. 6. I. *de J. N. G. et C. Brisson.* Lib. V. de formul. c. 13. *C. F. Zepernickii* Diatr. de judicatis centumviralibus §. 19 sqq. (opusculorum *Siccamae* de jud. centumvir. Libr. II. — Hal. 1776. — adjector. VII.). S. auch unten §. 34. Note 5.

9) *Brisson.* Lib. III. de formul. c. 22. *A. Schultingii* D. pro rescriptis imperator. Romanor. (in comment. acad. Hal. 1770. Vol. I. Nr. III.). S. unten §. 35.

10) *Brisson.* L. III. de formul. c. 84.

11) Zimmern R. G. I. §. 21. 72. 73. u. §. 23. S. 80.

12) L. 12. §. 1. C. *de legib.* I, 14. „Si enim in praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solo dignum imperio esse oportet." (Vgl. Note 6.) — Schriften über die kaiſerlichen Conſtitutionen (die in Sammlungen oder einzeln, vollſtändig oder

als bloße Bruchstücke uns erhaltenen, oder auch aus anderen Quellen wiederhergestellten) s. man bei *Haubold* inst. jur. Rom. litt. P. I. §. 95—98. §. 118. Dessen inst. jur. Rom. priv. hist. dogmat. lin. §. 211. 212. §. 260—264. (ed. 2.). Eine, vorzüglich auf das Privatrecht gehende, Uebersicht des Inhalts der kaiserl. Constitutionen von Constantin d. Gr. bis auf Justinian giebt von Löhr: Uebersicht der das Privatrecht betreffenden Constitutionen der römischen Kaiser a) von Constantin I. bis auf Theodos II.; b) von Valent. III. bis auf Justinian. (Wetzl. 1811. 1812.)

§. 5.

Das auf den Edicten beruhende Recht.

Edicte sind überhaupt: öffentliche Bekanntmachungen der Magistratus über Gegenstände ihrer amtlichen Wirksamkeit. Sie stellen entweder Rechtssätze auf, die in vorkommenden Fällen zur Anwendung gebracht werden sollen [1]), oder enthalten Aufforderungen zum Gehorsam gegen Gesetz und Obrigkeit [2]), oder öffentlich bekannt gemachte Verfügungen in Privatangelegenheiten, z. B. Edictalcitationen [3]). Nur die ersteren gehören überhaupt hierher. Alle höheren Magistratus (und auch selbst einige der niederen) edizirten [4]); von der vorzüglichsten Wichtigkeit für das Recht aber wurden die Edicte der beiden Prätoren in Rom, des Praet. urbanus und peregrinus, so wie der Provinzial-Magistratus, die nach dem Vorgang Jener über Gegenstände der Jurisdictio edizirten [5]). Entweder wurden nun beim Anfang der Magistratur die für die ganze Dauer derselben geltenden Grundsätze für das rechtliche Verfahren bekannt gemacht (edicta perpetuae jurisdictionis causa proposita), oder die Edicte wurden — zwar als allgemein giltige, jedoch nur auf Veranlassung besonderer Umstände erlassen, mit deren Wegfallen ihre Verbindungskraft wieder aufhörte (Note 3.). Jene nun insonderheit sind es, wodurch der Prätor seine Rechtsänderungen bewirkte, indem er bald das strenge Civilrecht durch liberale Interpretation auf das natürliche Maaß und die Grundsätze wahrer Gerechtigkeit zurückführte, bald durch eigenthümliche Formen es vermittelte, daß das ältere Recht in seinem wahren Sinne angewandt, sein eng begränzter Kreis erweitert, seine Härte gemildert werde [6]). Bei der einen wie bei der anderen Art der Edicte suchten die Prätoren Bestimmungen gegen Präceptiv- oder Prohibitiv-

Gesetze zu vermeiden [7]). Ueberhaupt aber erfolgten die Aenderungen, welche durch veränderte Sitten und Verhältnisse nöthig wurden, nicht durch plötzliche und völlige Umgestaltung, sondern mit möglichster Schonung des bisherigen Rechts, durch allmähliges Anschließen an dasselbe, und — bei bloßen Rechtserweiterungen — durch Erhaltung und Anwendung der alten Rechtsformen [8]). Da nun überdies das Verfahren der Magistratus ein offenkundiges war [9]), auch die Befugniß derselben, neue Rechtsgrundsätze aufzustellen, gesetzlich anerkannt wurde [10]), endlich der Nachfolger es schwerlich wagte, in sein Edict die Neuerungen des Vorgängers aufzunehmen, welche das Volk gemißbilligt hatte: so erklärt sich leicht, daß man allmählig das Edict als wahre Rechtsquelle betrachtete [11]); es wurde dies Edicts-Recht als *jus honorarium* [12]) den übrigen Rechtsquellen entgegengesetzt, und bildete vorzugsweise den practischen Theil des in Rom geltenden Rechts [13]).

1) *Pompon.* L. 2. §. 10. D. *de O. J.* *Theophili* Paraphr. ad §. 7. I. *de J. N. G. et C.*

2) *Brisson.* de formul. Lib. III. c. 69. 70. — Auch durch andere Gründe wurde bisweilen ein öffentlicher Anschlag veranlaßt, woraus sich die Namen edicta objurgatoria, consolatoria u. a. leicht erklären. Beispiele hat gesammelt *Brissonius* de formul. Lib. III. c. 5. 6. 20. — (Vgl. L. 4. §. 3. D. *de offic. proconsul.* I, 16.) Ueber den Unterschied der monitoria edicta und der brevia, unter sich sowol als von den vorhin genannten, s. m. *C. C. Haubold* de edict. monitoriis ac brevibus. Lips. 1304. (in den opusc. Vol. II. p. 201 sqq.).

3) Diese durch besondere Rechtsangelegenheiten veranlaßten Edicte (Vorladungen unbekannter Gläubiger, ungehorsamer oder abwesender Schuldner, womit denn der Begriff eines peremtorium edictum in Verbindung steht), wurden ed. prout res incidit proposita genannt (*Brisson.* v. *edictum* §. 16 u. 17.). Mit ihnen werden gewöhnlich verwechselt die edicta repentina, worunter aber wohl die allgemein geltenden, jedoch durch besondere Umstände veranlaßten zu verstehen sind, z. B. das Edict des Verres: ne quis frumentum de area tolleret; *Cic.* in Verr. III, 14. Vgl. *Plinii* hist. nat. XXXVII, 4.

4) Vgl. Schilling Bem. üb. R. G. S. 118. Siehe auch Zimmern R. G. §. 37. Note 9.

5) *Gaji* inst. I. §. 6. (*Cic.* ep. ad Att. VI, 1. post med.) — Das Edict des Pr. urbanus sowol als des Pr. peregrinus (über dieses s. m. die Lex Rubria oder Galliae Cisalp. 3, 24. 25. in Hugo's civil. Mag. II. §. 442. Vgl. *Theophil.* ad §. 7. I. *de J. N.* I, 2. *G. et C. J.* *H. Mylius* in exc. III. ad *Theophil.* ex edit. Reitz. I. 9 sq.) — hieß *urbicum*, im Gegensatz des *provinciale*, d. h. des von den Provinzialmagistratus aufgestellten. S. die Inscriptionen der L. 55—57. D. *de reg. jur.*

6) L. 7. §. 1. D. *de J. et J.*

7) L. 7. §. 7. D. *de pactis* II, 14. L. 1. §. 8. D. *de postul.* III, 1. L. 1. in f. D. *ex quibus caus. majores i. i. r.* IV, 6. L. 12. §. 4. D. *de publ. in r. act.* VI, 2. L. 12. §. 1. D. *de B. P.* XXXVII, 1.

8) Dies geschah durch fictitiae actiones: *Gaji* institt. IV, 34—38. et III, 32. (§. 2. I. *de B. P.*) *Ulpiani* Fr. XXVIII, 12. L. 2. D. *de poss. hered. pet.* — Vgl. unten §. 7. Note 6.

9) Das Edict wurde „in albo, unde de plano recte legi posset" aufgestellt. *Cujac.* VII. obs. 29.

10) Es gehört hieher die Bestimmung einer Lex Cornelia, aus dem J. 686 oder 687: „ut Praetores ex edictis suis perpetuo (*perpetuis*?) jus dicerent." S. *Bach* hist. jur. Rom. Lib. II. c. II. S. 3. §. 5. u. das. *Stockmann.* Vgl. *Cicero* de offic. III, 20. und dazu *Heineccius* historia edictor. Lib. I. c. IV. §. 9.

11) *Cic.* de inventione II, 22. „Consuetudinis autem jus esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobarit. In ea autem jura sunt quaedam ipsa jam certa propter vetustatem; quo in genere et alia sunt multa, et eorum multo maxima pars, quae praetores edicere consuerunt." — Schilling Bem. üb. R. G. S. 119. Note 293.

12) §. 7. I. *de J. N. G. et C.* L. 7. in f. D. *de J. et J.*

13) Von Marcian — in der L. 8. D. *de J. et J.* — wird es die „viva vox juris civilis" genannt. — E. Schrader die prätorischen Edicte der Römer auf unsere Verhältnisse übertragen; ein Hauptmittel, unser Recht allmählig gut und volksmäßig zu bilden, (Weimar 1815, und in dessen civilist. Abhh. II. Abh. 1.) §. 7. — Zimmern R. G. §. 39.

§. 6.

Das prätorische Recht war Anfangs von geringem Umfange; allein durch die steten Zusätze und Erweiterungen, so wie durch die Uebertragung von einem Edict in das andere (tralatitium edictum) wuchs es bald zu einer Masse an, die sich schwer übersehen ließ, und deren einzelne Theile weder mit einander im genauen Zusammenhange standen, noch durchgängig anwendbares Recht enthielten. Schon der Jurist A. Ofilius soll diese Masse geordnet und vereinfacht haben[14]); jedenfalls aber mußte seine Arbeit überflüssig oder doch verdrängt werden durch die des Salvius Julianus, welcher im J. **131** nach Chr. unter Kaiser Hadrians Autorität eine neue Bearbeitung des Edicts zu Stande brachte. Es umfaßte die städtischen und die Provinzial-Edicte[15]), versteht sich, mit Weglassung der unpractisch gewordenen Stücke[16]); auch die dem Privatrecht angehörigen Sätze des ädilitischen Edicts wurden mit aufgenommen[17]). Diese, vorzugsweise *edictum perpetuum* genannte, Bearbeitung wurde durch ein Senatuscon-

sult bestätigt [18]), und höchstwahrscheinlich den rechtsprechenden Behörden die Beachtung derselben in vorkommenden Fällen vorgeschrieben [19]). Die Rechtsquellen außer dem Edicte verloren dadurch eben so wenig ihre Giltigkeit, als jetzt die Befugniß der Magistratus zu ediziren aufhörte [20]); schwerlich aber erfolgten ferner auf diesem Wege noch neue Rechtsänderungen [21]), — wenn man von den Edicten der Praefecti Praetorio absieht (Note **20**.). Es darf daher kaum bezweifelt werden, daß die Juristen nach Julian, wenn sie das Edict anführen oder commentiren (falls ihre Erläuterungen nicht auf besondere Edicte gerichtet sind), ferner die Kaiser, wenn sie in ihren Constitutionen das Ansehen des Edicts bestätigen, die Bearbeitung von Julian vor Augen haben. Sie selbst ist verloren gegangen; doch hat man häufige Versuche gemacht, Ordnung und Inhalt des edictum perpetuum aus anderen Quellen zu restituiren [22]).

14) L. 2. §. 44. D. *de J. O.* — Zimmern R. G. §. 38. Note 14.

15) Ich beziehe mich dafür theils auf die von Heineccius a. a. O. S. 293. Note h. beigebrachten Gründe, theils darauf, daß die kaiserlichen Rescripte auch die Vorsteher und Bewohner der Provinzen geradezu auf das edictum perpetuum, und zwar auf eine Art verweisen, daß man sieht, es sei hier nicht blos eine subsidiarische Geltung desselben gemeint; z. B. in Lib. 3. Cod. *de his, quae vi metusve causa* II, 20. — A. M. ist Zimmern R. G. §. 40. Note 40.

16) c. *tanta* de confirm. Dig. §. 18. L. 10. C. *de cond. indeb.* IV, 5. — *Eutrop.* breviar. hist. rom. VIII, 9. Vgl. auch *Brisson.* de V. S. v. edictum §. 11. *Heineccius* l. l. Lib. II. c. 4. §. 4.

17) §. 7. I. *de J. N. et G.* et *Theophil.* ad h. §. in f. Vgl. auch c. *omnem reipublicae* (ad antecessores) §. 4. — Daher erklärt es sich wohl, wenn Paullus einen Theil des ädilit. Edicts dem Prätor zuschreibt: rec. sent. I, 15. §. 2. Vgl. *Janus a Costa* ad verba *praetorias autem* §. 2. I. *de divis stipul.* in f. III, 19. — *C. v. Bynckershoek* obs. IV, 8. — A. M. ist Schrader (krit. Zeitschr. für R. W. Th. II. S. 388.), mit Berufung auf Gajus (Inst. I, 6.), der ja aber gar nicht von der Zusammenschmelzung der Edicte, oder der Arbeit Julians spricht. Auch scheint Schrader seine Meinung zurückgenommen zu haben, in seinen Bemerkungen zu der angeführten Institutionen-Stelle.

18) c. *tanta* §. 18.

19) Dafür spricht auch der Umstand, daß in unseren Quellen, wenn im Allgemeinen von dem Edictsrecht die Rede ist, immer das prätorische Edict genannt wird. Es gehört hieher u. a. die L. 2. C. *de bon. auct. jud. possid.* VII, 72. „Est *jurisdictionis tenor* promptissimus, indemnitatisque remedium *edicto Praetoris* creditoribus hereditariis demonstratum, ut, quoties separationem bonorum postulant, causa cognita impetrent."

20) L. 2. C. *de offic. Praef. Praet. orient.* et *Illyr.* I, 26. L. 16. C. *de judiciis* III, 1. Nov. 165—167. (Von den Büchern *Ἐπαρχικῶν* s. *Cujacii* observ. Lib. VI. obs. 10.) *Haubold* de ed. monit. p. 71.

21) Dagegen spricht weder der Umstand, daß Salvius Julianus selbst als Prätor den unter dem Namen der *nova clausula* bekannten Zusatz zum Edict machte (L. 5. D. *de manumiss. vindicta* XL, 2. L. 3. D. *de conj. cum emancip. liber.* XXXVII, 8.), noch darf man sich auf die Stellen der Juristen nach Julian berufen, welche von dem Rechte der Prätoren zu ediziren handeln (z. B. L. 7—9. D. *de jurisd.* II, 1.). Vgl. *de Weyhe* libri tres edicti §. 59. p. 117 sqq. und Zimmern a. a. O. §. 40. Note 33. 34. — Wider die entgegenstehende Ansicht darf man sich aber auch wohl darauf berufen, daß die Prätoren in der Folge nicht einmal mehr utiles actiones, exceptiones und in integrum restitutiones für neue Fälle erkannten, sondern dies den Kaisern überließen. S. *Brissonius* de formulis Lib. III. c. 24. u. unten §. 35. Note 3.

22) Es sind hier hauptsächlich zu nennen: Greg. Haloander, Wilh. Ranchinus, Hub. Giphanius, Jacob Gothofredus, Ger. Noodt, Joh. Drtv. Westenberg, Abr. Wieling und Joh. Gottl. Heineccius, dessen leider nicht vollendete Arbeit von seinem Sohne J. G. Heineccius herausgegeben ist, unter dem Titel: *J. G. Heineccii* opuscula posthuma, in quibus historia edictorum edictique perpetui ipsiusque edicti perpetui ordini et integritati suae restituti partes II aliaque continentur. Hal. 1744. 4. S. auch *J. L. Hambergeri* observatt. ad *Gravinae* origin. jur. civil. §. IX. (in opuscul. Jen. 1740. edit. p. 421 sq.) u. besonders C. G. Haubold über die Versuche, das prätorische Edict herzustellen (in Hugo's civilist. Magaz. II. 14.). Vgl. auch dessen inst. jur. Rom. litt. T. I. §. 119. 120. *C. G. L. de Weyhe* libri tres edicti rel. Cell. Luneb. 1821. 4. — Hefftter im Rhein. Museum I. S. 51 fgg. („Die Oeconomie des Edicts.")

§. 7.

Das Juristen-Recht.

Die Juristen haben allenthalben einen bedeutenden Einfluß auf die Aenderungen im Recht gehabt. Nirgends aber war dieser so groß wie in Rom, wo Rechtswissenschaft und Rechtspflege lange in den Händen der Vornehmsten war, und die eigenthümliche Beschaffenheit des Rechts wie des gerichtlichen Verfahrens eine kunstgerechte Kenntniß und Behandlung erforderte[1]). Bei der Behandlung und Fortbildung des alten Civilrechts verfuhren nun die Juristen der früheren Zeit in folgender Art: sie entwickelten die besonderen Fälle aus dem geschriebenen Recht und hingen sie diesem an[1a]); sie waren die Urheber der Formulare und förmlichen Handlungen für die altcivilrechtlichen Geschäfte[2]), unter denen die Einleitungs-Formen für das gerichtliche Verfahren — legis actiones — be-

sonders auszuzeichnen sind [3]); sie erweiterten das alte Recht über seine natürlichen Gränzen hinaus, oder umgekehrt, sie schränkten es ein, da, wo dessen Anwendung unverträglich schien mit den natürlichen Rechtsgrundsätzen und der veränderten Sitte, — und zwar geschahen diese Rechtsänderungen theils durch genau entworfene Formulare in alterthümlicher Fassung und daher auch mit beschränkter Anwendung [4]), theils durch Fictionen und symbolische Handlungen, wodurch die Neuerungen nicht als directe Abweichungen von dem alten Recht, sondern nur als consequente Fortbildung desselben erschienen [5]). Diese Methode, die Eigenthümlichkeiten des alten Rechts noch in den Aenderungen desselben festzuhalten, verlor sich auch nicht sofort unter dem Einfluß des prätorischen Rechts. Die Juristen fuhren fort, die in den Kreis des alten Civilrechts gehörigen Rechtsfragen auf ihre Weise zu behandeln, wogegen die Prätoren mit mehr Freiheit — wenn gleich ebenfalls durch Vermittelung besonderer Formen — Unbilligkeiten des alten Rechts einschränkten und zweckmäßige Bestimmungen desselben auf neu entstandene Verhältnisse übertrugen, indem sie den Juristen wohl das Geschäft überließen, auch das neu entstandene prätorische Recht durch Interpretation und Formeln für die Anwendung vorzubereiten [6]). In jedem Falle erhielt und sicherte den Juristen die genaue Kenntniß des Rechtsverfahrens und der feierlichen Rechtstage lange Zeit ihr Ansehen beim Volke [7]), und auch die öffentliche Bekanntmachung des gerichtlichen Verfahrens [8]) entzog ihnen hievon nichts, indem dadurch weder die Kenntniß des technischen Gebrauchs für Jedermann gegeben, noch die Erfindung neuer Geheimnisse verhindert war [9]). Indessen noch während der Republik hörte die Beschäftigung mit dem Recht auf, ein ausschließliches Vorrecht der Patrizier zu seyn, und die überhand nehmende freiere Behandlung des Rechts stellte auch das Ansehen einer bloß technischen Rechtskenntniß immer mehr in den Hintergrund [9a]). Man entlehnte jetzt die rechtlichen Entscheidungsgründe vielfach aus dem Vernunftrecht und der allgemeinen Völkersitte, die Klageformeln aber wurden, für Jeden erkennbar, öffentlich im Edict aufgestellt [10]), wogegen der Gebrauch der alten legis actiones sich allmählig auf sehr wenige Fälle einschränkte [11]). Und seitdem

der Sinn für die Wissenschaften überhaupt in Rom einheimisch geworden war, äußerte er seinen vortheilhaften Einfluß auch bald auf die Rechtswissenschaft, ja diese wurde mit entschiedener Vorliebe von den ausgezeichnetsten Männern gepflegt, welche gegen das Ende der Republik und in den ersten Jahrhunderten unter der Kaiser-Regierung, besonders seit Hadrian bis Alex. Sever, lebten[12]). Durch die Arbeiten dieser scharfsinnigen und gelehrten Männer erhob sich die Rechtswissenschaft zu einer Höhe, wie weder vorher, noch später zu irgend einer Zeit der Fall war. Ihre zahlreichen Schriften über alle Theile unserer Wissenschaft sind den vorzüglichsten Geistes-Erzeugnissen dieses Zeitalters nicht nur gleich zu stellen, sondern sie übertreffen die meisten derselben durch gründliche Gelehrsamkeit und Sachreichthum, durch die gebildete Sprache, durch die gewandte und folgerichtige Entwickelung und Verknüpfung der Gedanken, und nur höchst selten erinnern sie an das Zeitalter der sinkenden Cultur[13]). Auch mußte die wissenschaftliche Behandlung der Jurisprudenz von selbst zu einer Verbindung derselben mit Philosophie, d. h. zu dem Bestreben führen, ihre Hauptlehren philosophisch zu begründen und zu entwikkeln[14]). Dadurch aber geschah dem einheimischen Rechtscharakter keineswegs Eintrag, im Gegentheil trug die Beschäftigung der Juristen, besonders mit stoischer Philosophie, zu einer Zeit, wo die Liebe zum Vaterländischen an sich wenig mehr vermochte, zur Erhaltung desselben bei. Sie beförderte die Neigung zu Untersuchungen über die ursprüngliche und eigentliche Bedeutung juristischer Ausdrücke, leitete auf die Nothwendigkeit genauer Begriffsbestimmungen und sorgfältiger Eintheilungen hin, und bildete die dialectische Schärfe und Gewandtheit aus, wodurch sich die Röm. Juristen vor ihren Zeitgenossen auszeichnen, und dies Alles sicherte auf der einen Seite gegen übereilte Abweichungen von dem überlieferten Recht, indem es auf der anderen eine consequente Fortbildung desselben begünstigte. Wie aber in jeder mit Eifer betriebenen Wissenschaft Meinungsverschiedenheiten entstehen werden, so insonderheit in der Rechtswissenschaft, welche die wichtigsten Interessen des menschlichen Lebens zum Gegenstande hat. Juristische Streitfragen gab es natürlich schon in früher Zeit[15]), aber

unter der ersten Kaiser-Regierung bilden sich die bekannten juristischen Secten oder Schulen, welche lange Zeit hindurch in einem bestimmten Gegensatze erscheinen. Urheber der einen war Atejus Capito, die Anhänger derselben werden aber nach Massurius Sabinus [16]) die Sabinianer, und häufiger noch nach Cassius Longinus die Cassianer genannt; an der Spitze der anderen stand Antistius Labeo, ihre Anhänger aber heißen nach dem Juristen Proculus die Proculejaner. Der Unterschied zwischen diesen Schulen offenbarte sich hauptsächlich in einer Verschiedenheit der Grundansichten über Ableitung und Anwendung des Rechts. Die Sabinianer zeichnen sich durch ihre Anhänglichkeit an das alte jus civile aus [17]), bei den Fragen aber, die sich hiernach nicht entscheiden lassen, folgen sie gerne einem natürlichen Rechts- und Billigkeits-Gefühle [18]); die Proculejaner behandeln das alte Recht mit mehr Freiheit, wie jene [19]), hingegen suchen sie überall eine strenge Consequenz in Durchführung gegebener oder anerkannter Begriffe geltend zu machen [20]). Indessen darf man dies freilich nicht so verstehen, als ob die Sectirer unverbrüchlich an allen Lehrmeinungen ihrer Schule festgehalten, oder auch nur bei der Behandlung besonderer Rechtsfragen stets das nämliche Prinzip zur Anwendung gebracht hätten [21]); wie wir denn ja überall in der Wissenschaft, und namentlich auch in der unsrigen, unter denen, welche derselben Methode zugethan sind, große Verschiedenheiten im Einzelnen finden werden.

1) L. 2. §. 5. D. *de orig. jur.* (Vgl. *F. C. T. Hepp* Diss. ad h. l. Heidelb. 1826.)

1a) Darauf gehen wohl in der Beschreibung der Tripartita des Sext. Aelius bei Pomponius die Worte: „lege XII tabular. proposita, *jungitur interpretatio.*" L. 2. §. 38. D. *de O. J.*

2) *Cic.* de legib. I, 4. („Quid hortaris? ut libellos conficiam de stillicidiorum ac de parietum jure? an ut stipulationum et judiciorum formulas componam? Quae scripta sunt a multis diligenter —"). Dahin gehören auch wohl die „actiones Hostilianae" (*Cic.* de or. I, 57.), ferner die „Manilianae venalium vendendorum leges" (*Varro* de re rust. II, 5. 11.). Vgl. *Cic.* de or. I, 39. gegen das Ende.

3) *Pompon.* L. 2. §. 6 et 38. *de O. J.* *Gaji* inst. IV. §. 11.

4) Beispielsweise mögen hier die Formulare wegen Einsetzung der Postumen genannt werden; L. 29. D. *de lib. et posth.* XXVIII, 2. — Vgl. meine Forts. des Glückschen Comment. Bd. XXXVI. S. 172 fgg.

5) Als Beispiele sind hier nur zu nennen die Scheinehen (coemtiones fiduciae causa), welche die Befreiung von der tutela foeminarum oder

von den erbschaftlichen sacra zum Zweck hatten. (*Cic.* pro Mur. 12. de legib. II, 21. *Gaji* inst. I. §. 114. 115. 118. — Vgl. *Cic.* Top. 4. *Gaji* inst. II. §. 118. 119.) Vielleicht wurde von diesen symbolischen Handlungen und anderen Fictionen (wohin z. B. auch der color insaniae bei der inoff. quer. gehört, Pr. I. u. L. 2. u. 13. D. *de inoff. test.*) das alte Juristen-Recht ein jus commentitium genannt; s. L. 20. D. *de poenis* (XLVIII, 19.). *Bynkershoek* observ. V, 16.

6) Vgl. *Cic.* de legib. I, 5. („Non ergo a Praetoris edicto, ut plerique nunc, hauriendam juris disciplinam"). Or. pro Mur. c. 11. geg. d. E. — Beispiele von Formeln, deren Material aus dem prätorischen wie aus dem Civilrecht entlehnt wurde, s. bei *Brisson.* de formulis Lib. V—VII. u. *Gaj.* inst. IV. §. 45 sqq. — Es ist übrigens ein vergebliches Unternehmen, genau und im Einzelnen bestimmen zu wollen, welche Fortbildungs- und Anwendungs-Formen des R. R. dem prätorischen Edict und welche den Juristen angehören. Daß Fictionen auch dem ersteren nicht fremd sind, ist gewiß; die Restitutionen und Exceptionen beruhen ja auf einer Fiction, und wenn der Prätor in einzelnen Fällen utiles actiones gab, so ließ er sich die Formulare dazu sicher nicht erst von den Juristen entwerfen. Daß aber die Juristen als Urheber der symbolischen Rechtsgebräuche, und im Ganzen auch des Formular-Rechts anzusehen sind, darf nicht bezweifelt werden.

7) *Cic.* or. pr. Mur. c. 11. de or. I, 41. de offic. II, 19. de legib. I, 4.

8) *Cic.* pro Mur. 11. de or. I, 41. ep. ad Att. VI, 1. *Liv.* IX, 46. — *Pomponius* L. 2. §. 7. *de O. J.* — „jus civile Flavianum" —; „jus Aelianum." — Hierunter ist wohl die *Tripertita* zu verstehen: „Tripertita autem dicitur, quoniam lege duodecim tabularum proposita, jungitur interpretatio, dein subtexitur legis actio." L. 2. §. 38. D. *de O. J.* — *Cic.* Cato 9.

9) *Cic.* pro Mur. 11. geg. d. E.

10) *Gaji* inst. IV. §. 110. 118. — Add. L. 1. D. *de poss. hered. pet.* V, 5. L. 1. pr. D. *de rei vind.* VI, 1.

11) *Gaji* inst. IV. §. 30. 31. 32.

12) Ueber die Juristen s. m. Zimmern R. G. §. 73—102. (S. 268—386.); und insonderheit über die Bedeutung der Ausdrücke: Veteres juris auctores s. conditores, majores, antiqui, prudentiores, peritiores, — Dirksen Beiträge zur Kunde des Röm. Rechts (Leipz. 1825.) Nr. II. S. 159 fgg.

13) S. Opuscula varia de latinitate JCtorum veter. Edid. et animadv. adjecit *Car. Andr. Dukerus.* Lugd. Bat. 1711. 8. *Ge. Ad. Kirchmaieri* opuscula VI rarissima de latinitate Digestorum et Institutionum, coll. *Ge. Sam. Madihn.* Hal. 1772. 8. *Eckhardi* hermeneutica juris L. I. c. 3. Die Schriften der s. g. jur. Klassiker kennen wir meistens nur aus den Excerpten in den Pandekten; einzelne derselben sind uns aber besonders, mehr oder weniger vollständig und ächt aufbehalten. Sie finden sich meistens in den oben (§. 3. Note **.) erwähnten Sammlungen. Von einzelnen Ausg. s. a) *Dom. Ulpiani* fragmenta libr. regular. ed. *G. Hugo.* Berol. 1788. u. ed. V. 1834. 8. — auch ex recogn. *J. C. Bluntschli* ed. *Ed. Böcking.* Bonnae 1831. 12. (s. *Fr. Ad. Schillingi* D. crit. de Ulpiani fragmentis. Vratisl. 1824.; auch desselben Animadversionum criticarum ad *Ulp.* Fragm. Sp. I—IV. Lips. 1830. 1831. 8.) G. E. Heimbach üb. Ulpians Fragmente. Lpz. 1834. 8. b) *Julii Pauli* sententiar. receptar. libri V, quibus indicem edition. omn. corporis juris civil. fontium adjecit *G. Hugo.* Berol. 1795. 8. u. ed. *Lud.*

Arndts. Bonn. 1833. 8. — c) Die Institutionen von Gajus α) nach der Westgoth. Compil. (*Caji* inst. Lib. II. ed. *C. G. Haubold* Lips. 1792. 8. u. ed. *Böcking* Bonn. 1833.); β) die ächten oder Veronesischen (*Jo. Fr. L. Goeschenius Gaji* inst. commentarii IV e codice rescripto bibliothecae capitularis Veron. nunc primum editi. Accedit Fragm. veter. JCti de jure fisci ex aliis ejusd. biblioth. membranis transscriptum. Berol. 1820. 8. — ed. 2. 1824. ed. *A. Gu. Heffter* Bonn. 1830. 12.; auch zusammengestellt mit Justinians Institutionen: Gaji et Justiniani instit. jur. Rom. edider. *C. A. C. Klenze* et *E. Böcking*. Berol. 1829. 4. (s. auch *H. R. Brinkmanni* notae subitaneae ad Gaji inst. Slesv. 1821. *C. A. D. Unterholzneri* conjecturae de supplendis lacunis, quae in Gaji institution. comment. quarto occurrunt. Wratisl. 1823. *A. G. Heffter* Gaji instit. comment. quartus; adj. libr. observationum. Berol. 1827. *Ed. Huschke* Studien des Röm. Rechts. S. 168—136.) — *C. F. Elvers* Promptuarium Gajanum, s. doctrina et latinitas, quas Gaji institutiones et Ulpiani fragmenta exhibent, in alphabeti ordinem redactae. Gott. 1824. 8. — Ed. Schrader Was gewinnt die Röm. Rechtsgeschichte durch Cajus Institutionen? Heidelb. 1823. 8. — vgl. *Hauboldi* opusculor. ed. *Wenck*. Vol. I. p. 665—684.). — Von geringerer Bedeutung sind: Fragm. *S. Pomponii* (ed. *Böcking*. Bonn. 1831.), *Volusii Maeciani* assis distributio (ed. *Böcking*. Bonn. 1831.), *Dosithei* Magistri interpretamentorum Liber III. (ed. *Böcking*. Bonn. 1831.) — S. auch *Ad. Fr. Schilling* Diss. critica de fragmento juris Romani Dositheano. P. I. continens ipsum textum fragmenti. Lips. 1819. 8. — Ueberhaupt aber vgl. noch: A. W. v. Schröter Uebersicht der vorzüglichsten seit dem Jahre 1813 besonders durch Codd. rescr. neu entdeckten Stücke der griech. u. röm. Literatur — (Hermes 1824. St. IV. u. 1825. St. I.) S. 291—311. (1825.). — Schrader in d. krit. Zeitschr. f. R. W. (Th. I. Tüb. 1826.) S. 138—145. — Einzelne Bruchstücke aus juristischen Schriften, die bei nicht juristischen Schriftstellern vorkommen, hat gesammelt Ed. Dirksen. Königsb. 1814. 8.

14) Der ernste und strenge Character der stoischen Philosophie (*Cic.* de or. II. 58.) erklärt es, weshalb den Röm. Juristen diese Philosophie vorzugsweise zusagte. Daß dies der Fall war, ersieht man theils aus ihrer Neigung zu etymologischen Erklärungen — oft freilich bloße Wortspielereien (vgl. *Menagius* amoenit. jur. civ. c. 39.), theils aus dem Einfluß, welcher gewissen Lehrbegriffen der Stoiker auf rechtswissenschaftliche Gegenstände gestattet wurde (z. B. in L. 21. §. 5. D. *quod met. causa* IV, 2. L. 1. §. 1. *de inspic. ventre* XXV, 4. L. 30. D. *de usurp.* XLI, 3. L. 2. §. 40. *de O. J.*), endlich aus den Zeugnissen der Alten (*Cic.* Brut. c. 30. 31. *Gellii* noct. att. I, 22. *rel.*); obgleich man darum noch nicht alle Röm. Juristen für entschiedene Anhänger der stoischen, oder irgend einer Schulphilosophie halten darf. S. *Ever. Otto* orat. de vera non simulata JCtorum philosophia (Traj. 1722.). *G. Mascov* de sectis Sabinianorum et Proculianorum, cap. VI, 1. *J. L. E. Püttmanni* interprett. et observatt. Lib. singul. c. II. — Wecker System der Rechts-, Staats- und Gesetzgebungslehre I. S. 547 fgg.

15) Beispiele solcher Controversen aus der Zeit vor den Kaisern finden sich häufig in Cicero's Schriften, namentlich de Or. I, 38. 39. 40. 56. 57. Vgl. *Gaji* instit. I. §. 188. III. §. 149. L. 39. pr. D. *de statu liberis* XL, 7. *C. O. a Boekelen* Tr. de diversis familiis veter. JCtor. c. I. *J. A. Bachii* hist. jurisprud. Rom. II, 2. S. 4. §. 15.

16) Ferd. Kämmerer Beitr. z. Gesch. u. Theorie des röm. Rechts (Rost. 1817. 8.), zweite Abhandl.

17) 19) M. vgl. folg. Stellen: L. 2. §. 47. D. *de O. J.* — L. 43. in fin. L. 44. 45. pr. D. *de procur.* III, 3. — L. 17. 18. 19. pr. §. 1. 2. D. *de negot. gest.* III, 5. — L. ult. C. *eodem* II, 19. — §. 8. I. *de mandato* III, 27. — §. 3. I. *de emt. et vendit.* III, 24. (die Worte: „eamque speciem emtionis vendit. vetustissimam esse"). *Gaji* inst. III. §. 41. — L. 17. §. 1. 5. D. *de praescr. verb.* XIX, 5. L. 28. D. *de reb. auct. jud. possid.* XLII, 5. L. 26. D. *de vulgari et pupillari substitutione* XXVIII, 6. L. ult. C. *de posth. hered. inst.* VI, 29. — *Gaji* inst. II. §. 200. 219—222. 231. IV. §. 78. 79. am Ende.

18) 20) Vgl. L. 7. §. 7. D. *de adquir. rer. domin.* XLI, 1. — *Gaji* inst. II. §. 79. L. 3. §. 5. D. *de adq. v. amitt. poss.* XLI, 2. L. 17. §. 5. D. *de pactis* II, 14.

21) M. s. z. B. *Gaji* instit. II. §. 218. L. 1. D. *de act. rer. amotar.* (XXV, 2.), wo eine übereinstimmende Ansicht des Sabinus und Proculus gegen die abweichende Meinung der Anhänger beider Parteien vorgetragen wird. — *Gaji* inst. II. §. 37. III. §. 98. 168. IV. §. 114. L. 14. D. *de jure cod.* XXIX, 7. (L. 18. *de manum. vind.* XL, 2.) — Vgl. die Schrift de sectis et philosophia JCtorum opuscula (auct. *C. O. a Boekelen*, *J. Ph. Slevogt*, *J. H. Boehmer*, *Ev. Otto*, *C. v. Eck*, *J. S. Hering*) ed. *G. Slevogt.* Jen. 1724. 8. — *G. Mascovii* de sectis Sabinianorum et Proculianorum in jure civili diatriba. Inserta est disquisitio de Herciscundis. Lips. 1728. 8. — *C. H. Eckhardi* Hermeneutica juris I. c. IV. — J. A. Ortloff über den Einfluß d. stoischen Philosophie auf d. Röm. Jurisprudenz. Erl. 1797. 8. — H. E. Dirksen üb. die Schulen der röm. Juristen (in dessen Beitr. z. Kunde d. R. R. Leipz. 1825. Nr. I.); dessen Darstellung im Wesentlichen mit der obigen (welche auch bereits in den drei Auflagen der doctrina Pandectarum vorgetragen ist) übereinstimmt. S. insonderh. S. 46 fg. der Dirksenschen Abhandl.

§. 8.

So großes Gewicht auch die Neuerungen der Röm. Juristen zur Zeit der Republik hatten, so kam ihnen doch nicht die Bedeutung unmittelbar verbindender Rechtssätze zu. Ihr Ansehen beruhete theils auf dem, der bereits geltenden Rechtsquellen, indem sie häufig nur deren Inhalt näher entwickelten und dem gerichtlichen Verfahren anpaßten[21a]), theils auf gewohnheitsrechtlicher Anerkennung, welche freilich um so leichter erfolgte, als auch die wirklichen Neuerungen wie bloße Anwendung und consequente Weiterführung des alten Civilrechts erschien (§. 6. Note 4. 5.); und hieraus erklärt es sich denn, daß dies alte Juristenrecht vorzugsweise das jus civile[22]), auch wohl das receptum jus[23]) genannt wurde. Schon am Ende der Republik war nun der Kreis des alten und eigentlichen Civilrechts abgeschlossen; die Neuerungen erfolgten mei-

stens durch das Edict, und dies selbst wurde von den Juristen wie jede andere Rechtsquelle behandelt. Dagegen erhielten durch das unter den Kaisern den Juristen verliehene jus respondendi die Gutachten und Aussprüche derselben sogar eine äußere Autorität: ihre Uebereinstimmung verpflichtete den Richter, sie zu befolgen, und nur bei abweichenden Ansichten der Juristen durften sie ihre Meinung selbstständig bestimmen[24]). Freilich verlor dies jus respondendi etwas von seiner Bedeutung dadurch, daß die Kaiser selbst responsa juris ertheilten, ungeachtet dies wohl schwerlich anders geschah, als unter Zuziehung von Juristen, auf deren Ansichten sie ihre Aussprüche stützten[25]). Constantin d. Gr. schaffte es ganz ab, indem er bestimmte: nur der Kaiser dürfe jus und aequitas mit einander vermitteln[26]). Doch erkannte er die inzwischen aufgekommene Sitte, sich auf die Schriften der Juristen in ähnlicher Art wie auf responsa zu berufen, unter gewissen Einschränkungen an[26a]), und genauer noch wurde die Sache durch eine Constitution, die man gewöhnlich Valentinian III. zuschreibt[26b]) (durch das s. g. Citirgesetz) bestimmt. Ihr wesentlicher Inhalt ist: man solle sich zunächst zwar nur auf Papinian, Paulus, Gajus, Ulpianus und Modestinus, aber auch auf die von diesen in Bezug genommenen Stellen aus anderen Juristen berufen dürfen; bei einer Meinungs-Verschiedenheit solle die Mehrheit entscheiden, bei einer Stimmen-Parität aber Papinian den Ausschlag geben, und nur wenn sich bei diesem nichts über den Gegenstand finde, der Richter freie Wahl unter den verschiedenen Meinungen haben[27]).

21 a) *Gaji* inst. IV. §. 11 — „legis actiones — — — ipsarum legum verbis accommodatae erant, *et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur.*"

22) *Cic.* offic. III, 16. *Pompon.* L. 2. §. 5. D. *de O. J.* — Ohne Zweifel versteht hier Pomponius unter der disputatio fori, eben so wie Cicero (Top. 5.) unter den res judicatae das durch Gewohnheitsrecht anerkannte Resultat gerichtlicher Verhandlungen und Entscheidungen. Da auch dieses dem größten Theile nach von den Juristen ausging, so rechnete man es ebenfalls zum jus civile im engeren Sinne. Uebrigens vgl. man über den sehr verschieden bestimmten Begriff und Character der fori disputatio: *Slevogt* Pr. de disp. fori (in opuscul., quae de sectis *rel.* collegit auct. p. 427 sqq.). *Jo. A. Hellfeld* D. de disputationib. fori (in dess. opusculis Diss. II.). *C. Fr. Zepernick* diatr. de causis centumviralibus; opusculor. *S. T. Siccamae* de jud. centumvirali editioni adjector. VII. C. F. Moser Versuche üb. einzelne

Theile des bürgerl. Rechts (Stuttgard 1806. 8.) Nr. I. Zimmern R. G. §. 15. S. 57 fg.

23) *Festus* de V. S. v. *receptum.*

24) L. 2. §. 47. D. *O. J. Gaji* inst. I. §. 7. §. 8. I. *de J. N. G. et C.* — Daher heißen denn die Juristen auch bei den Kaisern juris auctores oder conditores, z. B. in L. 1. C. *Quib. ad libert.* VII, 18. L. 12. C. *de quaestionib.* IX, 41.

25) Vgl. L. 1. C. *de his quae vi metusve causa* II, 20. L. 3. C. *in quib. causs. pign.* VIII, 15. L. 1. C. *ad exhibendum* III, 42. L. 6. C. *de pact. convent.* V, 14. L. 1. C. *de V. et R. S.* VI, 38. L. 5. C. *quando dies legator.* VI, 53. L. 9. C. *de fideicommissar. libertt.* VII, 4. L. 1. C. *quib. ad libert. proclamare non licet* VII, 18. L. 13. C. *de evict.* VIII, 45. L. 12. C. *de quaestionib.* IX, 41. L. 1. C. *de vacat. publ. muner.* X, 45.

26) L. 1. C. *de legib.* I, 14. — Der hier gebrauchte Ausdruck: „inter aequitatem jusque interposita interpretatio", läßt sich überhaupt auf Anwendung im rechten Geiste der Gesetze (Vermittlung des Allgemeinen mit dem Besonderen) beziehen; doch aber wird zugleich dadurch hingedeutet auf die Abweichungen vom strengen Recht aus Gründen des jus aequum, welche unter den Kaisern hauptsächlich durch die Responsen der Juristen und der Kaiser vermittelt wurden.

26a) S. die von Clossius aufgefundenen zwei Constitutionen von Constantin, in der Ausg. von Wenck als L. 1. u. 2. Th. C. *de resp. prudentum*, womit zu vergleichen sind: L. un. pr. Th. C. *de sent. pass.* (IX, 43.) und L. 13. Just. Cod. *eod.* (IX, 51.).

26b) S. jedoch Hugo R. G. (XI.) S. 1027. Note 1.

27) L. un. (in ed. *Wenckii* L. 3.) Th. C. *de responsis prudent.* I, 4. (426.). Vgl. hierüber: *C. G. Haubold* D. de emendatione jurisprudentiae ab Imp. Valent. III. instituta. Lips. 1796. 4. (opusc. Vol. II. Nr. 1.). — G. Hugo Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian S. 1023 fgg. Aufl. XI. — Hufeland vorläufige Nachricht von d. jurist. Schätzen d. Würzb. Biblioth. S. 49—86. — K. Witte Abhandl. (Berl. 1817.) S. 39 fgg. — Puchta civ. Abh. S. 170—172. — Zimmern R. G. §. 58. — Wenck in der Vorr. zum zweiten Bande von Haubolds opusc. p. II—XXIII. — Puchta und Blume im Rhein. Mus. Bd. V. Abh. VI. S. 141 fgg. u. Bd. VI. Nr. II. S. 87 fgg.

§. 9.

Rechtssammlungen vor Justinian.

Mit dem Verschwinden der Fähigkeit, das überlieferte Recht in seinem wahren Sinne aufzufassen, anzuwenden und, unbeschadet seiner Eigenthümlichkeit, selbstständig weiter zu führen, trat das Bedürfniß ein, für alle zu entscheidenden Fälle buchstäbliche, jedoch leicht aufzufindende Autoritäten zu haben; so verfiel man denn darauf, Sammlungen und Auszüge der geltenden Rechtssammlungen zu veranstalten. Diese gingen theils blos auf die Constitutionen der Kaiser[1]), theils auch auf

die Schriften der Juristen, und zwar meistens unter Berücksichtigung des s. g. Citirgesetzes. Von den Sammlungen der letzteren Art verdient eine, dem Urheber nach unbekannte (wahrscheinlich in dem Zeitraume von 372—438 n. Chr. entstandene [2]) eine ganz besondere Aufmerksamkeit, wenngleich nur sehr Weniges davon erhalten ist; es sind dies die erst vor kurzer Zeit aufgefundenen s. g. Vaticanischen Fragmente [3]). Wir haben daraus manche Stellen aus Juristen und Constitutionen überhaupt erst, andere vollständiger und unverfälschter kennen gelernt, wie aus der Justinianischen Compilation. Aus demselben Grunde haben für uns ein — wenn auch nicht durchgängig gleiches — Interesse die unter den Barbaren-Königen veranstalteten Sammlungen, denen man wahrscheinlich den Namen Leges Romanae gab [4]). Im Anfang des sechsten Jahrhunderts n. Chr. stand der größte Theil des abendländischen Reichs unter ausländischer Herrschaft. Für die nach Röm. Recht lebenden Bewohner dieser Länder nun wurden Zusammenstellungen und Auszüge aus den Röm. Rechtsquellen — oft freilich sehr verunstaltete — gemacht, von denen folgende auf uns gekommen sind: a) das s. g. Edictum Theoderici, unter Theoderich, König der Ostgothen; eine freie und der Praxis der damaligen Zeiten angepaßte Bearbeitung Röm. Rechtsquellen [5]). b) Das s. g. Breviarium Alaricianum, wenige Jahre später, unter Alarich II., König der Westgothen, welches größere Wichtigkeit wie die erste und die folgende Sammlung für uns hat, da es selbstständige Stücke aus Röm. Rechtsquellen, wenngleich theilweise sehr verstümmelt und interpolirt, enthält [6]). c) Die kurze Zeit darauf erschienene s. g. Lex Romana Burgundionum (auch unter dem Namen Papiani responsa bekannt), worin die benutzten Quellen frei verarbeitet sind, jedoch mit Hinweisung auf dieselben, welche im Edict Theoderichs fehlen [7]).

1) Wir kennen 1) die Constitutionen-Sammlungen von Gregorian und Hermogenian; bloße Privatarbeiten (s. jedoch die interpretatio ad L. 1. Th. C. *de resp. prud.*). Sie enthielten meistens Rescripte der Kaiser vor Constantin d. Gr. (*J. Gothofredi* Prolog. ad C. Theod. c. I. Nr. I. *A. Schultingii* Jurisprudentia vet. ante-Justin. p. 683. — Zimmern R. G. §. 46.). Die geringen Ueberbleibsel dieser Sammlungen (*Cod. Hermogenianus* und *Gregorianus*) finden sich bei Schulting in der Jurisprud. vet. ante-Justinianea p. 683—718.

und — mit Ausschluß der im Breviar. Alar. nicht vorhandenen Stücke — in der Berlinischen Ausg. des jus civ. antejustin. T. I. p. 265—274. — 2) Den *Theodosianus Codex*, oder die Sammlung, welche Theodosius II. veranstaltete und i. J. 438 n. Chr. publizirte. Sie enthält meistens nur Edictalgesetze der christlichen Kaiser (imperatores legitimi, s. über diesen Ausdruck Ritter in der Note zu *Heineccius* hist. jur. civ. Lib. I. §. 378., vgl. jedoch Zimmern R. G. §. 47. Note 3., und zwar von Constantin d. Gr. an (s. constit. Theodos. II. de Theodosiani Cod. auctoritate §. 3.). Die Sammlung zerfällt in 16 Bücher, in denen die einzelnen Constitutionen (oder Stücke aus denselben) nach den Materien geordnet sind. Von dem Mitregenten des Kaisers, Valentinian III., wurden sie auch für das abendländische Reich bestätigt (Nov. Valentiniani de confirmat. legum Novellarum D. Theodosii — es ist die 69. Nov. der Berliner Ausg.). — Ueber diesen Codex, welcher (nebst den Novellen dieser und einiger anderen Kaiser) großen Theils auf uns gekommen ist, s. m. *J. Gothofredus* in Prolegomenis ad C. Theod., *J. S. Brunnquell* in D. de codice Theodosiano (opusculor. Hal. 1774 editor. Diss. II. Zimmern R. G. §. 47.). Von Ausgaben bemerke man: *a*) Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis *Jacobi Gothofredi*. Opus posthumum, opera et studio *Antonii Marvillii*, T. I—VI. fol. Lugd. 1665. Ed. nova, collata cum codicibus MSS. Wurceburgensi atque Gothano et libris editis, iterum recognita, emendata variorumque observationibus aucta, quibus adjecit suas *Jo. Dan. Ritter*, T. I—VI. (P. I. II.) Lips. 1736—1745. fol. — *b*) (ex recens. *Beckii* JCti Lips.) in juris civilis antejustinianei edit. Berolinensi, p. 275—1215. Adjectae sunt Novellae constitutiones impp. Justiniano anteriorum Theodos. II., Valent. III., Marcini, Severi, Leonis et Anthemii, ib. p. 1217—1399. — *W. F. Clossius* Theodosiani codicis genuina fragmenta, ex membran. biblioth. Ambrosianae Med. nunc primum ed. Tub. 1824. 8. — *A. Peyron* Theod. C. fragm. inedita, ex Cod. palimpsesto bibl. R. Taurin. Athen. 4. — Theodosiani genuina fragmenta cum ex Cod. palimps. Bibl. Taurin., tum ex membran. Bibl. Ambros. edid. *Ed. Puggaeus*. Bonn. 1825. 8. — *C. F. C. Wenck* Cod. Theodos. Libri V priores. Lips. 1825. 8. — Vgl. v. Schröter im Hermes (1825.) S. 314—362. Schrader Krit. Zeitschrift für R. W. (Th. I. Tüb. 1826.) S. 145 (a. E.) — 166. — Bijdragen tot Rechtsgeleerdheid en Wetgewing voor den Jahr 1826 (te Amsterd. 1826.) p. 1—39. p. 313—357.

2) Schrader in Krit. Zeitschr. für R. Wiss. Th. I. S. 169. 170. — Vgl. Zimmern R. G. §. 7.

3) Ausgaben: Rom. 1823 (una cum *Symmachi* oratt. et ep.), Par. 1823, Berol. 1824. 8. — *A. A. de Buchholtz* juris civilis antejustinianei Vaticana fragmenta, e cod. rescripto ab Angelo Majo edita, recognovit, commentario tum crit. tum exeget. nec non quadrupl. adpend. instruxit. Regiom. 1828. 8, — Locorum ex jure Romano antejustinianeo *fragmenta*, quae dicuntur Vaticana. — Recogn. *Aug. Bethmann-Hollweg*. Bonn. 1833. 8. Vgl. auch noch v. Schröter a. a. O. S. 362—377. Schrader a. a. O. S. 167—186.

4) v. Savigny Gesch. des Röm. Rechts im Mittelalter I. Cap. III. S. 105 fgg.

5) v. Savigny a. a. O. II. Cap. XI. S. 164 fgg. *G. F. Rhon* comment. ad edict. Theodorici Regis Ostrogothorum. Hal. 1816. 4.

6) Nämlich aus den Institutionen von Gajus, dem Lib. Responsorum von Papinian, den rec. sent. von Paulus, den drei Constitutionen-

Sammlungen, und den Novellen späterer Kaiser. S. v. Savigny a. a. O. II. Cap. VIII. S. 36 fgg. — S. auch *Stieber* in praefat. ad *Hauboldi* opusc. T. II. p. LXXXIV — CLVII., und *C. Witte* de Guilelmi Malmesburiensis Codice Legis Romanae Wisigothorum. Vratisl. (1831.) 8., und über die Lex oder den Codex Utinensis v. Savigny a. a. O. Bd. II. S. 227 — 230. Bd. IV. S. 470.

7) v. Savigny a. a. O. II. Cap. VII. S. 9 fgg. Ausgaben: *Schultingii* Jurisprud. vet. ante-Justin. p. 827 — 854.; edit. jnris ante-Justin. Berol. T. II. p. 1499 — 1541. — *A. Fr. Barkow* Lex Romana Burgundionum, ex jure Rom. et Germ. illustr. Gryphisw. 1826. 8. — Ueber andere Sammlungen aus diesem Zeitalter s. Hugo R. G. S. 1093 fg. Zimmern R. G. S. 30 fg. (vgl. oben §. 3. Note **.). *Blume* Iter Italicum Vol. I. p. VII. praef. — Nur eine dieser Sammlungen darf hier nicht ganz mit Stillschweigen übergangen werden: die Lex Dei, gewöhnlich Mosaicarum et Romanarum legum collatio genannt. Die neueste und vorzüglichste Ausgabe von *Frid. Blume.* Bonn. 1833. 8.

§. 10.

Justinianisches Recht.*) I. Die Compilation.

Von viel größerem Werthe als die bisher erwähnten Sammlungen, mag man auf den Plan oder die Ausführung sehen, war Justinians Unternehmen[1]). Es war der Hauptsache nach auf zwei Werke berechnet: auf eine neue Constitutionen-Sammlung, und auf einen Auszug aus den Schriften der Juristen; beide Werke sollten aber nur das Wissenswürdigste, d. h. das noch anwendbare Recht, enthalten. Den Anfang machte die Constitutionen-Sammlung, wobei die drei oben (§. 9. Note 1.) erwähnten Codices und die Constitutionen späterer Kaiser benutzt wurden[2]); vollendet und bestätigt wurde sie i. J. 529[3]), im dritten nach Justinians Regierungs-Antritt. Hierauf ließ der Kaiser durch 17 rechtskundige Männer (theils Professoren, theils Praktiker), an ihrer Spitze Tribonian, die Pandekten[4]) oder Digesten, aus den Schriften von 39 Juristen[5]) anfertigen; vorzugsweise wurden dabei die Schriften von Ulpian, Paulus, Papinian, Julian, Scävola, Pomponius und Gajus benutzt, und bei der Anordnung der Lehren war auf das edictum perpetuum, so wie auf die vorhin erwähnte Constitutionen-Sammlung besondere Rücksicht genommen[6]). Während hieran gearbeitet wurde, erfolgte an drei Männer, Tribonian, Theophilus und Dorotheus, ein Auftrag zur Anfertigung der Institutionen[7]), oder

einer kurzen und deutlichen Zusammenstellung der wichtigsten Rechtswahrheiten aus den bisher genannten Rechtsquellen und den neuesten Constitutionen [8]); es lagen hierbei meistens, sowol was die Ordnung als den Inhalt anbetrifft, die Institutionen von Gajus zu Grunde [9]). Vollendet und bekannt gemacht wurden die Institutionen kurze Zeit vor den Pandekten [10]), beide erhielten indessen an demselben Tage Gesetzeskraft, nämlich am **30.** Dec. **533** [11]). Es zeigte sich nunmehr aber, daß die frühere Constitutionen-Sammlung für den beabsichtigten Zweck nicht genügen konnte, theils weil nach ihrer Vollendung eine Reihe neuer Constitutionen erlassen war, unter denen die quinquaginta decisiones einen vorzüglich wichtigen Platz einnehmen [12]), theils weil der Inhalt mancher in den Codex aufgenommenen Constitutionen zu den in die Pandekten aufgenommenen, mithin als practisch gebilligten Lehren, nicht paßte. Daher wurde auf Befehl des Kaisers ein neuer Constitutionen-Codex (die repetita praelectio Codicis, oder, wie die Neueren gewöhnlich sagen, Cod. repetitae praelectionis), durch die 5 Männer, Tribonian, Dorotheus, Menna, Constantinus und Johannes, zu Stande gebracht und, unter Abschaffung der ersten Sammlung, am **16.** Nov. **534** als Gesetz promulgirt [13]). Die Ordnung stimmt noch etwas genauer, wie die der Digesten, mit dem Edict überein; an der Spitze findet sich aber das Sacralrecht der jetzt herrschenden christlichen Kirche [14]).

*) Ernst Spangenberg Einleitung in das Römisch-Justinianeische Rechtsbuch, oder Corpus juris civilis romani, handelnd von dessen Quellen, Entstehung, Plan, Verbreitung, gesetzl. Kraft in Teutschland, Verhältnisse zu den übrigen teutschen Rechtsquellen, Auslegung, exeget. und krit. Bearbeitungen, Uebersetzungen, Handschriften u. Ausgaben. Hannov. 1817. 8. — S. auch den Art. in d. allgem. Encycl. v. Ersch u. Gruber Bd. XIX. S. 345—369., von dems. Verf., u. üb. die erste Schrift die Rec. von Wenck in dessen opuscula acad. ed. *Fr. Car. Gust Stieber* (Lips. 1834. p. 341—397.). — *H. R. Stoeckhardt* de juris Justinianei in generis humani cultum insignimento; ad memoriam Pandectarum et Institutionum Justiniani ante hos mille et trecentos annos munitarum — recolendam. Petrop. 1804. 8.

1) v. Savigny Gesch. d. röm. Rechts im Mittelalter I. S. 13 fgg. — G. Hufeland üb. d. eigenthüml. Geist d. röm. Rechts Nr. XIV—XVI. (civilist. Abh. I. Gießen 1815. S. 123 fgg.). — v. Löhr Justinians Compilation (Magaz. für Rechtswiss. u. Gesetzgebung, herausgeg. v. Grolmann u. v. Löhr, III, 7. S. 176 fgg.). — H. E. Dirksen Bemerkungen üb. Justinians Compilation (civilist. Abh. I. Berl. 1820. 8. S. 192 fgg.).

2) Cod. *haec quae necessario*, de novo Codice faciendo (Id. Febr. 528.) pr. §. 1.

3) Cod. *summa reipublicae*, de Justinianeo Cod. confirm. (VII. Id. April. 529.).

4) *A. Gellii* noct. att. XIII, 9. „In his esse praecipui videntur, quos graeco titulo *Πανδέκτας* inscripsit, tamquam omne rerum atque doctrinarum genus continentes." Im Singular kommt der Name auch als Masculinum vor: ὁ *πανδέκτης*. S. *H. Brenkmann* hist. Pandectarum L. III. c. 6. *Brissonius* de V. S. v. *Πανδέκτη*. — Ueber das Wort Digesta: Hugo im civ. Mag. VI. Nr. VIII.

5) Ihre Namen sind nach dem — theilweise berichtigten — index Florentinus: Salv. Julianus, Papinianus, Qu. Mucius Scävola, Alfenus Varus, Proculus, Qu. Antistius Labeo, Neratius Priscus, Javolenus Priscus, P. Juventius Celsus, Sext. Pomponius, Aburnus Valens, L. Volusius Mäcianus, Jun. Mauricianus, Terentius Clemens, Sext. Cäcil. Africanus, Ulpius Marcellus, Cervidius Scävola, Florentinus, Gajus, Venulejus Saturninus, Cl. Saturninus Tertullianus, Papirius Justus, Domit. Ulpianus, Jul. Paulus, Cl. Tryphoninus, Callistratus, Arrius Menander, Ael. Marcianus, Ael. Gallus, Jul. Aquila, Herenn. Modestinus, Taruntenus Paternus, Aemil. Macer, Aurel. Arcad. Charisius, Licin. Rufinus, Furius Anthianus, Rutil. Maximus, Hermogenianus. — Außer einem griechischen Fragmente von Papinian und mehreren von Modestinus ist die Sprache lateinisch. Die sonderbare Idee v. Joh. Jensius in den stricturae ad Just. Cod. ac Pandectas (Roterod. 1794. 4.) p. 1—52., daß die Pandekten, so wie wir sie jetzt kennen, nur eine Reversion aus dem Griechischen seien, ist längst von anderen widerlegt, z. B. von J. Aug. Bach in der unparth. Kritik über juris. Schriften I, 3. S. 163 fgg. Vgl. *Eckhard* und *Walch* in der Hermeneut. jur. §. 107.

6) C. *Deo auct.* oder L. 1. §. 5. C. *de vet. jure enucl.* I, 17. C. *Tanta* §. 5. — Vgl. Hugo Lehrb. d. Digesten, mehr nach Drittheilen u. partes, als nach Büchern u. Titeln, u. d. Constitutionen-Codex (2. Ausg. Berl. 1828.) S. 1—14. Derf. im civ. Mag. V. S. 7—12. S. 15—17. — F. Blume Ordnung d. Fragmente in den Pandecten, in d. Zeitschr. f. hist. R. W. S. 284 (Note 20.) — 286. S. 363—365. *Sam. Benfey* diss. de fundamentis Digestorum ordinis. Gott. 1825. — *Fr. Gu. Unger* diss. de duorum praecipuorum jurisprudentiae apud Veteres systematum tam indole quam origine (Hannov. 1833.) p. 21 sqq. — Welcker System der Rechts-, Staats- u. Gesetzgebungslehre (1.) S. 664—670.

7) Blume a. a. O. S. 374. 375.

8) Pr. I. §. 4. C. *Tanta* §. 11. c. *δέδωκεν* §. 11. C. (ad antecessores) *omnem reipublicae* (vor den Digesten) §. 2.

9) Pr. I. §. 6. — Vgl. *G. Th. L. Marezoll* comment. de ordine Institutionum. Gott. 1815. 4. — *Unger* a. a. O. S. 21 fgg.

10) Nämlich jene XI. Kal. Dec. (21. Nov.) 533. Pr. I. §. 7.; diese XVII. Kal. Jan. (16. Dec.) 533. C. *Tanta* in fin.

11) C. *Tanta* de confirm. Digest. (vor den Digesten und im Constitutionen-Codex als L. 2. C. *de vet. jure enucl.* Dieselbe Constitution ist auch in griech. Sprache erlassen und ebenfalls sowol vor den Digesten als im Constitutionen-Codex — L. 3. *eod.* — zu finden) §. 23. „Leges autem nostras, quas in his codicibus, i. e. Institutionum, seu elementorum, et Digestorum, vel Pandectarum, posuimus, suum

obtinere robur ex tertio nostro felicissimo sancimus consulatu praesentis duodecimae indictionis, tertio Kal. Jan." (30. Dec. 533.).

12) §. 2. I. *de libertin.* §. 16. I. *de oblig. quae ex del. nasc.* I, 5. C. *cordi nobis* §. 1. 2. 5. L. un. §. 10. C. de *cad. toll.* (VI, 51.). — Doch ſtreitet man über die Zahl dieſer Deciſionen (von denen Juſtinian übrigens ſelbſt eine Sammlung veranſtaltete), ſo wie über die Art und den Umfang ihrer Aufnahme in den neuen Codex. Ueber dies Alles iſt zu vergl. *Edm. Merillius* in prolegomenis commentario ad quinquaginta decisiones (Paris. 1618. 4.) praemissis; *Abr. Wieling* in Jurisprudentiae restitutae P. II. p. 144. not. *.; *Jo. Sal. Brunnquell* hist. jur. Rom. germ. P. II. cap. VII. §. 5 sqq. — Vgl. Hugo im civiliſt. Magaz. V. S. 118 fgg. und daſ. die Vorr. S. XII. — Schrader civiliſt. Abhandl. S. 241. (§. 4.) Note *. — v. Savigny Geſch. d. R. R. im Mittelalter III. S. 666. u. 694. Note 241. Biener Geſch. d. Nov. Juſtinians S. 5. Note 11.

13) C. *cordi nobis* de emendat. Codicis (XVI. Kal. Dec. 534.). — Ueber die Latinität und den Styl des Codex ſ. A. G. Cramer über die Sprache des Codex und deſſen Herausgeber, in d. Zeitſchr. für geſchichtl. R. W. II, 12.

14) Von der Anordnung der Bücher und Titel in Pandekten und Codex handelt *Hub. Giphanius* in oeconomia juris. Frcf. 1604. 4.; insbeſondere aber von der Ordnung des Codex *Aug. Henr. Oberg* de ordine, quo constitutionum codex, quem in corpore juris habemus, compositus sit, praesertim quoad eos libros, quibus hodie utimur. Goett. 1831.

§. 11.

Zweierlei bezweckte der Kaiſer bei dem bisher beſchriebenen Unternehmen: einmal, durch paſſende Zuſammenſtellung des brauchbaren Inhalts aller geltenden, bis dahin aber zerſtreuten und den Meiſten unzugänglichen, Rechtsquellen eine gründliche juriſtiſche Bildung zu fördern[15]), ſodann aber der bisherigen Rechtsunſicherheit ein Ende zu machen, indem er alles in den Compilationen enthaltene Recht als unmittelbar von ihm ſelbſt ausgegangen betrachtet wiſſen wollte[16]). Zu dem Ende ſchrieb er den Compilatoren vor: alles Ueberflüſſige und Unpraktiſche wegzulaſſen, dagegen das Unvollſtändige zu ergänzen und überhaupt jede ihnen nöthig ſcheinende Verbeſſerung ohne Bedenken vorzunehmen[17]), inſonderheit aber Widerſprüche und Wiederholungen zu vermeiden, ſich dadurch indeſſen nicht abhalten zu laſſen, die nur ſcheinbaren und durch Anwendung einer Diſtinction zu beſeitigenden Widerſprüche, ſo wie alles dasjenige aufzunehmen, was, wenngleich an und für ſich nicht zur Sache gehörig, doch zum Verſtändniß der Ergänzungen und zur deutlicheren Einſicht in die entlehnten Sätze

nöthig scheine[18]). In den Publications-Patenten erklärte er seine Zufriedenheit mit der Arbeit und suchte zugleich den Vorwurf, daß die Compilatoren von den erhaltenen Vorschriften abgewichen seien, auf folgende Art zu beseitigen: Wenn auch bisweilen sich Wiederholungen fänden, so sei dies doch nicht blos mit menschlicher Schwachheit zu entschuldigen, sondern auch seinen Vorschriften keineswegs entgegen, da bisweilen ein Rechtssatz oder Gesetz zu verschiedenen Materien entweder vollständig gehöre, oder wenn auch nur theilweise, doch des Zusammenhangs der Gedanken wegen vollständig habe aufgenommen werden müssen[19]). Widersprüche aber werde Niemand entdecken, der es verstehe, den wahren Sinn der Sätze zu erforschen; er werde alsdann finden, daß der anscheinende Widerspruch bald durch die Berücksichtigung einer Rechtsänderung, bald durch eine wirkliche, wenn auch versteckt liegende Verschiedenheit des Gegenstandes und der Gedanken zu heben sei[20]). Dennoch läßt sich wohl annehmen, daß die Compilatoren bei weniger Eilfertigkeit[21]) dem ihnen gewordenen Auftrage mehr im Sinne des Kaisers genügt haben würden. Denn es fehlt in der Compilation weder an rein historischen Sätzen, deren Aufnahme für den beabsichtigten Zweck durchaus unnöthig war, noch an wirklichen Widersprüchen (s. g. Antinomieen)[22]), und noch weniger an zweideutigen, dunkeln und unzusammenhängenden Stellen[23]). Wir aber haben es vielleicht[23a]) diesem eilfertigen Verfahren zu danken, daß ein bedeutender Theil des alten klassischen Rechts, das wir sonst gar nicht, oder doch nur höchst dürftig und verunstaltet kennen würden, jetzt uns rein und unverfälscht erhalten ist. Uebrigens darf man nicht glauben, daß die Compilatoren weiter nichts thaten, als die einzelnen Stellen nach ihrem Gegenstande unter gewisse vorher entworfene Rubriken eintragen[24]). Gewiß ist es, daß sie namentlich bei Anordnung der für die Digesten gemachten Excerpte den materiellen Zusammenhang der einzelnen Stellen berücksichtigten, und mitunter auch durch Nachhilfe äußerlich zu bewirken suchten[25]). Bei weitem noch mehr Umsicht und sorgfältige Erwägung aber muß man ihnen zutrauen, wenn es wahr ist, daß sie bei der Zusammenstellung der Fragmente auch das historische Verhältniß der Lehren und den inneren

Character der benutzten Schriften besonders im Auge gehabt haben[26]). Nach einer hierauf gebaueten Ansicht sollen sie die zu excerpirenden Schriften in drei Klassen getheilt haben[27]); der ersten lagen die Commentare über des Sabinus libri tres juris civilis, sodann die institutiones zu Grunde, und auch aus anderen Schriften, selbst aus den Commentaren über das Edict wurden die Sätze ausgezogen, welche ihre Grundlage in dem jus civile hatten (s. g. Sabinians-Masse)[28]). Die zweite Klasse (s. g. Edictsmasse) ging auf die zunächst durch das Edict begründeten Lehren, die dritte (s. g. Papinians-Masse) enthielt die Schriften rein practischer Tendenz, Papinians responsa und quaestiones an der Spitze. Kamen auf einen Titel mehrere Massen, so wurde die reichhaltigste Masse vorangestellt, und in diesem Verhältnisse folgten die übrigen[29]). Abweichungen und Unordnungen lassen sich zum Theil erklären (z. B. bei Anfangsstellen sah man nicht auf den Character der excerpirten Schrift, und bei nachträglich ausgezogenen Schriften befolgte man die obigen Regeln keineswegs genau); für andere giebt es keinen befriedigenden Erklärungsgrund[30]). — Im Constitutionen-Codex sind die zu einem Titel gehörigen Stellen im Ganzen chronologisch geordnet, doch ist auch hier sichtlich der materielle Zusammenhang berücksichtigt; ja manche scheinen blos deshalb aufgenommen worden zu seyn, damit die in den folgenden oder in der Schluß-Constitution enthaltenen Rechtsänderungen besser verstanden werden können[31]).

15) C. *Deo auctore* §. 1. C. *cordi nobis* §. 3.

16) C. *Deo auctore* §. 6. 7. C. *Tanta* §. 20.

17) C. *haec quae necessario* §. 2. („adjicientes quidem et detrahentes, imo et mutantes verba earum, ubi hoc rei commoditas exigeret"). C. *Tanta* §. 10. C. *summa reipubl.* §. 4. C. *cordi nobis* §. 3. — Ueber diese absichtlichen Aenderungen (s. g. interpolationes oder emblemata Triboniani) s. m. *Jo. Jac. Wissenbachii* emblemata Triboniani, und *Jo. Wybo* Tribonianus ab emblematibus *Wissenbachii* liberatus, c. praef. *J. G. Heineccii.* Hal. 1736. 8. Vgl. Spangenberg a. a. O. S. 237 fgg.

18) Dies ist wohl der Sinn der Worte: „nisi forte vel propter divisionem, vel propter repletionem, vel propter pleniorem indaginem hoc contigerit." C. *haec quae necessario* §. 2. Vgl. C. *Deo auct.* §. 9. 10. C. *summa* §. 1.

19) Ueber die s. g. Geminationen der Compilation s. m. *Pardulphi Prateji* Jurisprudentiae mediae libri IV. (Lugd. 1561. 8. auch in *Ottonis* thesauro juris Rom. Tom. III. p. 511 sqq.) I. — *Fr. Blume*

de geminatis et similibus, quae in Dig. inveniuntur, capitibus. Jen. 1820. 8.

20) C. *Tanta* §. 14. 15. Vgl. Nov. 158. — C. *cordi nobis* §. 4. — v. Löhr a. a. O. S. 192. 193. — Hufeland üb. d. eigenthüml. Geist d. R. R. Nr. II. S. 134 fgg.

21) Hugo civil. Magaz. V. S. XX—XXIII.

22) *Hub. Giphanii* Antinomiarum jur. civilis lib. IV. 1616. 4. und Frcf. 1666. 4. — *Jul. Pacii ἐναντιοφανῶν* centuriae decem. Lugdun. 1631. 8. u. öfter. — *Ge. Ad. Struvius*, *Dion. Gothofredi: Immo*, hoc est conciliatio legum in speciem pugnantium, quas in notis ad Pandectas Dion. Gothofredus verbum *immo* usurpando indicare consueverat. Frcf. 1695. 4.

23) Dirksen civilist. Abh. I. S. 218 — 220. — Ueber die „cruces JCtorum" oder „leges damnatae" s. *Walch* ad *Eckhardi* Herm. jur. §. 94. und von den dort angeführten Schriften besonders *Cornel. v. Eck* C. de septem damnatis legibus Pandectarum. Vgl. *Ulr. Huber* Eunomia Romana seu censura censurae juris Justinianei, posth. opus. Amstelod. 1724. 4. (ed. 2.).

23a) Wenn man übrigens erwägt, daß selbst schon die Compilatoren über den Sinn einzelner Stellen stritten, und manche für antinomisch erklärten (der Beweis dafür liegt in den Scholien zu den Basiliken, s. unt. §. 13. Note 11.), so sollte man fast denken, daß sie nicht allein auf das practisch anwendbare Recht ihr Augenmerk gerichtet hatten, sondern durch Aufnahme der alten Casuistik und Streitfragen ein gründliches Rechtsstudium zu befördern suchten.

24) Es ist bei dieser Gelegenheit auf die s. g. *leges fugitivae* oder *erraticae* aufmerksam zu machen, d. h. die nicht in diejenigen Titel eingetragenen, wohin sie ihres Gegenstandes wegen eigentlich gehört hätten. *Eckhard* Herm. jur. Lib. I. §. 169 — 175. und die daselbst angeführten Schriften, denen noch beizufügen sind: *Jac. Cujacii* obs. III, 37. und meine Cession S. 61. Note 107. (d. 2. A.).

25) *G. Hufeland* de legum in Pandectis interpretandarum subsidio ex earum nexu et consecutione petendo. (Vgl. *Cramer* dispunct. jur. civil. c. III.) Blume Ordn. d. Fragm. S. 291 fg. S. aber ebendas. den §. 19. S. 361 u. 366.

26) F. Blume üb. die Ordnung der Fragmente in den Pandecten (Zeitschrift f. histor. R. W. IV. S. 257—472.). (Vgl. *Gothofredi* praefat. comment. ad tit. de reg. jur. praem. opp. min. ed. *Trotz* p. 719 sqq.) — Hugo Lehrb. der Digesten (s. §. 11. Note 6.). — Vgl. G. A. Reimarus Bemerkungen und Hypothesen über die Inscriptionenreihen der Pandectenfragmente. Gött. 1830. u. A. L. Z. v. 1834. St. 138. S. 492 fgg. und St. 139. S. 504.

27) Blume a. a. O. §. 3. S. 270 fgg. Vgl. übrigens Hugo Lehrb. der Digesten S. 17. und C. *omnem reipublicae* §. 1.

28) Blume a. a. O. S. 279 fg.

29) Blume a. a. O. S. 349—352.

30) Blume a. a. O. S. 274. 284. 293—348.

31) Vgl. C. *haec quae necessario* §. 2. — Beispielsweise mag hier angeführt seyn: L. 19. C. *de jure delib.* (VI, 30.) vgl. mit L. ult. *eod.*

§. 12.

Justinians Novellen.*)

Nach Vollendung der Sammlungen erließ Kaiser Justinian (welcher noch fast **30** Jahre regierte) eine Menge neuer Constitutionen, wodurch er das durch die Compilation von ihm anerkannte oder sonst bestimmte Recht vielfach änderte[1]). Die früheren Verordnungen Justinians waren, wie die seiner Vorgänger, meistens lateinisch abgefaßt[2]), dagegen diese „novellae constitutiones" (*νεαραὶ διατάξεις*[3])) sind großen Theils in griechischer Sprache erlassen[4]), nur wenige blos lateinisch (nämlich die Nov. **9, 11, 23, 33, 35—37, 62, 65, 75, 104, 114, 138, 143, 150**), einige auch in beiden Sprachen, nämlich die Novelle **117** (wovon die praefatio blos lateinisch geschrieben ist), die Nov. **18**[5]), **32** (wovon die Nov. **34** nur das lateinische Exemplar ist), **111**[6]). Der Kaiser wollte auch von diesen neueren Constitutionen eine Sammlung veranstalten[7]), die aber nicht erfolgte[8]). Dagegen wurden mehrere Privatsammlungen angelegt; eine solche liegt auch dem lateinischen Novellen-Auszuge des Julianus (epitome Novellarum) zu Grunde, welcher kurz vor Justinians Ableben erschien[9]), die heutiges Tags gebräuchliche Novellen-Sammlung aber hat durch eine Combination und gegenseitige Vervollständigung mehrerer Privat-Sammlungen ihre jetzige Gestalt erhalten[10]). Uebrigens rühren die darin enthaltenen **168** Novellen[11]) nicht alle von Justinian her: einige (Nov. **140, 144, 148, 149**) haben den Nachfolger Justinians, Justinus II., zum Urheber[12]); andere (Nov. **161, 163, 164**) den Kaiser Tiber[13]); einige sind sogar aus den Eparchica, d. i. den Edicten der Praef. Praetorio (s. §. **6.** Note **20.**), entlehnt, nämlich Nov. **165**[14]), **166, 167, 169**[15]). Auch finden sich mehrere doppelt in der Sammlung, als: Nov. **32** (**34**), **41** (**50**)[16]). Dagegen giebt es zehn nicht aufgenommene Novellen Justinians, die sich in der Sammlung der XIII edicta befinden[17]). Diese pflegen, nebst den Novellen des Justinus minor, Tiber's, Leo's des Weisen[18]), und einiger anderer byzantinischer Kaiser[19]), als Anhänge der gewöhnlichen Ausgaben des s. g. corp. jur. civilis vorzukommen.

*) *C. Fr. Zeperniek* delectus scriptorum Novellas Justiniani imp. earumque historiam illustrantium. (Praefatus est de difficultatibus atque impedimentis conscribendi historiam singularum Justiniani Novellarum.) Hal. 1783. 8. — F. A. Biener Geschichte der Novellen Justinians. Berl. 1824. 8.

1) Biener a. a. O. S. 10—13.

2) Ueber die griechischen Stellen im Constitutionen-Coder s. Dirksen civilist. Abh. a. a. O. S. 56 fgg. Biener a. a. O. S. 15. u. S. 578 fgg. Witte die leges restitutae des Justin. Coder S. 2 fgg.

3) Biener a. a. O. S. 35—37.

4) Vgl. *Aem. Lud. Hombergk zu Vach* de novellarum constitutionum imperatoris Justiniani lingua originaria et vulgatae versionis aetate, auctore et usu in foro diatribe (in *Zepernick* collect. Nr. II. p. 177 sqq.). *J. M. Silberrad* not. *a.* ad *Heineccii* hist. jur. §. 396. — Biener a. a. O. S. 19 a. E.—21. — A. M. ist *Ferd. Aug. Hommel* de textu Novellarum originario conjecturae (bei *Zepern.* Nr. III. p. 267 sqq.).

5) Vgl. Nov. 66. c. 1.

6) Biener a. a. O. S. 17—19.

7) C. *cordi nobis* §. 4. in f.

8) Biener a. a. O. S. 38—51. — A. M. ist *A. L. Hombergk zu Vach* de collect. Novellar. a Justiniano facta Schediasma (bei *Zepern.* a. a. O. p. 295 sqq.); doch stellt er nicht in Abrede, daß die jetzt gangbare Sammlung nicht von Justinian herrührt, a. a. O. §. 16.

9) Biener a. a. O. S. 70—84. S. 232—242. S. 604—607. — Ein sehr reichhaltiges Verzeichniß der Handschr. u. Ausg. von Julians Epitome giebt Haubold: Beitrag z. Gesch. d. Novellenauszugs von Julian; in der Zeitschrift f. geschichtl. R. W. IV. S. 131—188. und S. 491—494., womit nunmehr Biener a. a. O. zu vergl. ist.

10) Biener a. a. O. S. 51—57. — Ueber den Ursprung der Rubriken, so wie der Eintheilung der Novellen in Capitel u. s. w. s. Biener a. a. O. S. 57—62. S. 111—113. S. 255.

11) A. G. Cramer Beiträge z. Gesch. d. Novellen; in Hugo's civil. Mag. III. Nr. VII. S. 157. v. Savigny Beitrag zur Gesch. der Novellen; in d. Zeitschrift f. geschichtl. R. W. II, 3. S. 102. Biener a. a. O. S. 8. 9. S. 85—93. S. 110. 111. (Nr. VII.). — *C. J. A. Kriegel* Symbolae criticae ad Novellas Justiniani s. Nov. LXXXVII. in integrum restituta. Lips. 1832. 4.

12) Biener a. a. O. S. 93—97.

13) Cramer a. a. O. S. 158. Nr. 2. Uebrigens s. Biener a. a. O. S. 97. 98.

14) S. jedoch Cramer a. a. O. S. 159.

15) Biener a. a. O. S. 98—102.

16) Biener a. a. O. Note 6. S. 103—110.

17) Biener a. a. O. S. 115. 116.

18) *Casp. Achat. Beck* de Novellis Leonis Philosophi earumque usu et auctoritate liber singularis, adjectis animadversionibus et mantissa commentationum ad argumentum spectantium (insunt 1) *editoris* praetermissa de vita, rebus gestis et constitutionibus etc. Leonis; 2) *Jo. Fr. Olearii* Pr. de valore Novellarum Leonis; 3) *editoris* conjecturae, quibus ex causis Novellae Leonis Sapientis in Germania receptae dici nequeant) ed. *C. Fr. Zeperniek.* Hal. 1779. 8.

19) Die Novellen einiger byzantinischen Kaiser von Basilius Macedo an hat auch besonders gesammelt: *Jo. Leunclavius* jus Graeco-Romanum tam canonic. quam civile — (cura *Marq. Freheri.* T. I. II. Frcf. 1596. f.) T. II. p. 134—192.

§. 13.

Römisches Recht unter den byzantinischen Kaisern.

Jahrhunderte hindurch erhielt sich der Gebrauch des Justinianischen Rechts im oströmischen Reiche und wurde auch durch die Constitutionen der byzantinischen Kaiser nicht verdrängt[1]). Für den unmittelbaren Gebrauch bediente man sich freilich meistens der griechischen Versionen und Erklärungen[2]), unter denen wohl die Institutionen-Paraphrase des Theophilus[3]), so wie die Commentare des Stephanus, Thalelläus, Theodorus und anderer Zeitgenossen Justinians, einen vorzüglichen Platz einnahmen[4]). Freilich hatten sich diese Gelehrten nicht auf bloße Uebersetzung und Paraphrase beschränkt, wie Justinian dies vorschrieb[5]), und so erhielt denn doch Manches durch diese griechischen Bearbeitungen eine veränderte Gestalt. Sie wurden daher auch ganz vorzüglich von dem Kaiser Basilius Macedo für die nach ihm so benannten Basiliken benutzt, — ein Werk, wodurch hauptsächlich bezweckt ward, durch das Mittel der griechischen Sprache den Gebrauch des Justinianischen Rechts zu erleichtern, — freilich mit besonderer Rücksicht auf die noch anwendbaren Lehren desselben, weshalb es denn auch das gereinigte oder erläuterte Kaiserrecht (*τῶν βασιλικῶν ἀναχάθαρσις*) genannt wurde. Es zerfällt in **60** Bücher (daher *ἑξηκοντάβιβλος* genannt), und wurde nach dem i. J. **886** erfolgten Tode des Basilius von seinem Sohne Leo dem Weisen[6]), so wie nach dessen Tode (**911**) wiederholt revidirt und für den öffentlichen Gebrauch bekannt gemacht[7]). Dieses, seinem größten Theile nach auf uns gekommene, Rechtsbuch[8]) ist vielleicht das wichtigste Hilfsmittel für Auslegung und Kritik des Justinianischen Rechts[9]); denn es ist fast buchstäblich aus den meisten Theilen dieses Rechts, oder doch den griechischen Versionen desselben geschöpft[10]). Zu den Basiliken wurden

auch Scholien geschrieben und gesammelt, ebenfalls meistens aus den Schriften der Zeitgenossen Justinians [11]), ferner die (weniger bedeutenden) glossae nomicae, d. s. kurze Erklärungen einzelner Ausdrücke [12]). Auch Auszüge wurden veranstaltet, von Basilius unter dem Namen *πρόχειρον τῶν νόμων* [13]), und von Leo, die *ἐκλογὴ* [14]) genannt. Von den anderen zahlreichen, großen Theils ungedruckten Arbeiten dieser Art [15]) ist hier nur noch die Synopsis Basilicorum oder *ἐκλογὴ Βασιλικῶν* [16]), und das *πρόχειρον τῶν νόμων* (manuale juris) von Constantinus Harmenopulus aus dem 13ten Jahrhundert zu nennen [17]).

1) Biener a. a. O. S. 123. — S. auch die Abhandlungen von Witte und von Biener über die Novellen der byzantinischen Kaiser; in der Zeitschr. für geschichtl. R. W. Bd. VIII. H. II. S. 153—224. und S. 263—279.

2) Biener a. a. O. S. 122.

3) *Theophili* antecessoris Paraphrasis graeca institutionum caesarearum: cum notis integris *P. Nannii*, *J. Curtii*, *D. Gothofredi*, *H. Ernestii* et *C. A. Fabroti*, ac selectis quamplurimorum eruditorum observationibus; lectionum varietates ex primariis editionibus et Pithoeano MS. inseruit, novam versionem *κατὰ πόδα* concinnavit suasque animadversiones addidit *Guil. Otto Reitz*; qui et fragmenta Theophilina nunc primum collecta et titulos graecos *de V. S.* ac *de R. J.* — nec non XX excursus varii argumenti — cum glossario Theophilino — subjunxit. T. I. II. Hag. Com. 1751. 4. [Vgl. *Jo. Gothofr. Sammet* opuscula var. arg. (Lips. 1763. 4.) nr. VIII.] — Prodromus corp. jur. civil. a *Schradero*, *Clossio*, *Tafelio* edendi §. 21. (p. 141—143.).

4) S. unten die Note 11. — *Thalelaei*, *Theodori*, *Stephani*, *Cyrilli* aliorumque JCtorum graecorum commentarii in Titt. D. et Cod. *de postulando* sive *de advocatis*, et *de procuratoribus* et *defensoribus* (nec non: *quod cujusque univ. nomine*) — nunc primum edid., latine vertit et castigavit *Dav. Ruhnkenius*. Hag. Com. 1752. fol. et in *Meermani* thes. jur. civ. et can. T. III. init. p. 1—44. et Tom. V. (2.) p. 1—84. (Biener a. a. O. S. 55. Note 34.) — *Schrader* prodromus corporis jur. civ. (Berol. 1823.) p. 57. *Goeschenii* praef. ad Gajum p. 66. (ed. II.). Biener a. a. O. S. 122—127.

5) C. *Deo auctore* §. 12.: „nullis jurisperitis in posterum audentibus commentarios illi applicare, et verbositate sua supradicti codicis compendium confundere: quemadmodum in antiquioribus temporibus factum est, cum per contrarias interpretantium sententias totum jus paene conturbatum est;" C. *Tanta* §. 21.: „nisi tantum si velit eas in graecam vocem transformare, sub eodem ordine, eademque consequentia, sub qua et voce Romana positae sunt: hoc quod Graeci *κατὰ πόδα* dicunt" (s. darüber Haloander in der Vorrede zu den Novellen): „et si qui forsitan per titulorum subtilitatem adnotare maluerint, et ea, quae paratitla" (s. *Menagii* amoenitt. juris civ. c. 15.) „vocantur componere."

6) S. §. 12. Note 18.

7) Biener a. a. O. S. 127—130. (Weniger genau u. richtig ist *Jos. Mar. Suaresii* notitia Basilicorum, praemissa edit. Basilicorum Fabrotianae, u. öfter, zuletzt cum observationibus *Chr. Fr. Pohlii.* Lips. 1804. 8.) — Hugo R. G. S. 1102 fgg. d. XI. Ausg. *C. G. E. Heimbach* D. de Basilicor. origine, fontibus, hodierna conditione atq. nova edit. adornanda. Lips. 1825. 8. [Vgl. Krit. Zeitschr. f. R. W. II. (Tüb. 1827.) S. 49—56.] — Ueber die fortdauernde Giltigkeit des Justin. Rechts auch nach den Basil. s. Biener a. a. O. S. 143 fgg.

8) Nämlich, nach der gewöhnlichen Annahme, 36 Bücher vollständig, mit Inbegriff der von Reitz herausgegebenen (s. jedoch Haubold im manuale Basilicorum p. 325 sqq. und Biener a. a. O. S. 152—155.), sieben mit Lücken, den Inhalt der übrigen hat Fabrotus aus der Synopsis u. a. Quellen wiederherzustellen versucht: *Βασιλικῶν* lib. LX *Car. Annib. Fabrotus* latine vertit, et graece (una cum scholiis) edid. T. I—VII. Paris. 1647. fol. — Basilicorum libri quatuor (49. 50. 51. 52.), ex cod. mscr. regiae bibliothecae Parisiensis nunc primum editi, variantes lectiones collegit, notasque — addidit *G. O. Reitz*, in *Meermani* thes. jur. civ. et can. T. V. (init.) p. 1—104. — [Vgl. Höpfner Berichtigung gewöhnlicher Vorstellungsarten über die späteren Schicksale der Basiliken. Mit (Anmerkungen und) zwey Zugaben von Hugo (in Hugo's civ. Mag. II. 18.). — *Schrader* im Prodr. corp. jur. civ. p. 8 sq. not. 7.]. — *C. Witte* Basilicor. tit. de div. reg. jur. antiqui, nunc demum integer ed. Vratisl. 1826. (vgl. Krit. Zeitschr. a. a. O. S. 56—61.). Biener in Hugo's civ. Mag. Bd. VI. Nr. III. S. 56 fgg. — Eine neue Ausgabe und Version erscheint zu Leipzig seit 1833, unter dem Titel: Basilicorum Libri LX. Post Annibalis Fabroti curas ope Codd. Mss. a *Gustavo Ern. Heimbachio* aliisque collatorum integriores cum Scholiis edidit, editos denuo recensuit, deperditos restituit, translationem latinam et adnotationem criticam adjecit Dr. *Car. Guil. Ern. Heimbach.*

9) *Eckhard* et *Walch* de versionibus juris graecis earumque recto usu in interpretando. (Herm. jur. c. 7.) — Zur Erleichterung des Gebrauchs dient: *C. G. Haubold* Manuale Basilicorum exhibens collationem juris Justinianei cum jure graeco postjustinianeo, indicem auctorum recentiorum, qui libros juris Romani e graecis subsidiis vel emendaverunt vel interpretati sunt, ac titulos Basilicorum cum jure Justinianeo et reliquis monumentis juris graeci postjustinianei comparatos. Lips. 1819. 4.

10) S. Biener a. a. O. S. 127. 128. — K. Witte die leges restitutae S. 30—34.

11) S. *G. O Reitz* in excursu XX. ad Theoph. Derſ. in praef. ad quatuor Basilic. libr. a se edito. §. V. Vgl. *Ruhnken* in praef. ad *Thalelaei*, *Theodori* aliorumq. JCtorum graecorum comment. in Tit. Dig. et Cod. *de procur. et defens.* *A. Gu. Crameri* Dispunct. juris civ. (Suer. 1792. 8.) c. 1. a. E. und c. 5. überschr. *Ῥωμαϊκὰ Μαγίστρου* quid? — Biener S. 55. — Witte die leges restitutae S. 35. 36.

12) „Veteres glossae verborum juris, quae passim in Basilicis reperiuntur — accesserunt — *Jo. Scaligeri* et aliorum doctor. viror. emendationes, denique notae *Ant. Schultingii*"; in *Otto* thes. jur. Rom. III. p. 1697 sqq.

13) Biener a. a. O. S. 131—133. — Uebrigens s. *Silberrad* ad *Heineccii* hist. jur. §. 4. not. a. *Bachii* hist. jur. Rom. Lib. IV. c. II. Sect. II. §. 3. u. daſ. Stockmann.

14) Biener S. 132 fg. — Jedoch s. K. Witte im Rhein. Museum II. S. 275 fgg. — Blume ebendas. Bd. IV. H. II. S. 225—232.

15) *Cujacii* obs. VI. a. E. — Biener a. a. O. S. 133 fg. — K. Witte Rhein. Mus. II. S. 275 fgg. III. S. 23 fgg. — Observationum juris Graeco-Romani Pars prima. Scriptoris anonymi de actionibus librum ex tribus Codd. Mss. primus edidit — *Gust. Ern. Heimbach.* Lips. 1830.

16) LX Librorum Basilicῶn, i. e. universi juris Romani graecam in linguam traducti ecloga s. Synopsis Basilicorum, gr. et lat. edita a *Jo. Leunclavio.* Basil. 1575. fol. — *Car. Labbaei* observation. et emendation. in Synopsin Basilicor. Paris. 1607. 8. (vgl. *Cujac.* XVIII. obs. 37.). — Biener S. 151. — Witte die leges restitutae S. 34—38.

17) Oefter herausgegeben, zuletzt ex rec. et c. notis *O. G. Reitzii* in Suppl. thes. *Meerman.* p. 1—374. — Vgl. Biener a. a. O. S. 156. und Witte die leges rest. S. 41.

§. 14.

Justinianisches Recht im Abendlande, *)

I) bis auf die Glossatoren.

Nachdem die fremden Völker aus Italien vertrieben waren, wurde die Publication des Justinianischen Rechts für diesen Theil des oströmischen Reichs erneuert[1]). Auch konnte es durch die bald darauf eindringenden Longobarden nicht verdrängt werden[2]), ja es verbreitete sich auch auf die unter der fränkischen Herrschaft stehenden Länder[3]). Indessen hörte der Gebrauch der vorjustinianischen Rechtssammlungen im Abendlande eigentlich nie auf, so wie umgekehrt die Justinianische Compilation, deren größter Theil ohne gründliche Kenntniß des alten Rechts gar nicht verstanden werden kann, unmittelbar wenig gekannt und gebraucht war. Am meisten mußten noch die Novellen Justinians dem Zeitalter zusagen; allein beim Gebrauch bezog man sich nicht auf das Original, sondern auf den Auszug Julians[4]). Dennoch fehlt es nicht an Spuren eines wissenschaftlichen Gebrauchs der Justinianischen Rechtssammlungen in diesen Ländern. Es mögen hier[5]) nur zwei davon zeugende Schriften genannt seyn: a) *Petri* exceptiones, d. s. Auszüge (soviel als excerptiones) aus allen Theilen des Justin. Rechts, freilich mit manchen fremden Beimischungen[6]); b) der s. g. Brachylogus, d. i. compendiarische Darstellung des (meist reinen) Röm. Rechts, größ-

ten Theils nach Ordnung der Institutionen Justinians und in einer, für die damaligen Zeiten, reinen und gebildeten Sprache[7]).

*) Fr. C. v. Savigny Gesch. der Röm. Rechts im Mittelalter. Bd. I — VI. Heidelb. 1815 — 1831. 8. (Neue Ausg. 1834.).

1) Pragmat. Sanctio Justiniani (v. J. 554) c. XI „Jura vel leges *codicibus nostris insertas, quas jam sub edictali programmate in Italiam dudum misimus*, obtinere sancimus: sed et eas, quas postea promulgavimus constitutiones, jubemus sub edictali propositione, ex eo tempore, quo sub edictali programmate evulgata fuerint, etiam per partes Italiae obtinere." — v. Savigny a. a. O. Bd. I. S. 174. — Biener Gesch. d. Nov. Justin. S. 224 — 227.

2) v. Savigny a. a. O. II. S. 175 — 186. 193 — 196. 205 — 224. 227 — 237. (vgl. I. S. 363.) 256 — 260. — Biener a. a. O. S. 227 — 242. Vgl. *Heineccius* und *Ritter* in hist. jur. Rom. §. 411.

3) v. Savigny a. a. O. II. S. 109. 110. 118. 126 — 129. — (Vgl. Cap. XV. S. 261 — 294.)

4) S. *Ritter* ad *Heinecc.* hist. jur. I. §. 403. und v. Savigny a. a. O. II. S. 143. 155. 188. 206. 233. 277. u. an a. O.

5) *Fr. Aug. Biener* historia authenticarum. Sect. I. §. 2. p. 14 sqq. — v. Savigny a. a. O. II. S. 187 — 192. S. 224 — 227. III. S. 665 — 668. S. 671 — 717. (die Turiner Glosse). — Biener Gesch. d. Novellen Justin. S. 227 — 242. — *Schrader* im prodr. corp. jur. civ. §. 42. — Vgl. Niebuhr Röm. Gesch. II. S. 540 fgg.

6) Die neueste Edition dieser exceptiones s. in Savigny's Geschichte des R. R. im Mittelalter II. S. 297 — 392. Vgl. das. S. 130 — 155. u. III. S. 662 — 664. Hugo Gesch. d. Röm. Rechts seit Justinian (3. A. S. 587.).

7) Ueber den Character, die Quellen, Handschriften u. Ausgaben dieses Buchs s. v. Savigny a. a. O. S. 238 — 256., und die Einleitung zu der neuesten Ausg. (s. unten). Vgl. auch *Cramer* in den dispunct. jur. civil. c. 12. Die sehr verbreitete Ausg. von *H. C. Senckenberg* (Frcf. et Lips. 1743. 4.) trägt schon auf dem Titel die Flüchtigkeit des Herausgebers zur Schau, indem hier das Buch genannt wird „corpus legum *paulo post Justinianum conscriptum.*" (Vgl. Brachyl. Lib. IV. c. 3. §. 12. — oder nach der neuesten Ausg. Tit. IV. §. 18 — a. E. — Corpus legum s. brachylogus juris civilis, et incerti scriptoris epitome juris civ. e Codice Tubingensi nunc primum edita; ed. *E. Böcking.* Berol. 1829. 8. — Ueber den Titel des Buchs s. man einen Aufsatz seines Herausgebers in dem Rhein. Mus. Bd. IV. S. 142 — 164.

§. 15.

II) Wiederherstellung des wissenschaftlichen und practischen Gebrauchs der Justin. Rechtsbücher im Abendlande. *)

Der besonders im 12. Jahrh. wiedererwachende wissenschaftliche Geist äußerte seinen Einfluß auf die Rechtswissen-

schaft in einem Grade, wie es kaum zu erwarten stand. Es wird eine dauernde und an Ruhm immer steigende Rechtsschule zu Bologna gegründet von Irnerius (Guarnerius, Wernerius). Die einzelnen Theile der Justin. Rechtsbücher werden allmählig aus dem Staube der Bibliotheken ans Licht gezogen und erklärt; von fast allen Gegenden Europa's strömt man des neuen Studiums wegen nach Bologna, und von den erworbenen Kenntnissen macht man im Vaterlande fleißigen Gebrauch. Schon dieser Grund würde genügend erklären, wie es kam, daß dies Recht nach und nach gesetzliches Ansehen beinahe durch ganz Europa erhielt[1]). Allein auch andere Gründe wirkten hierauf ein. Einmal die Beschaffenheit des Röm. Rechts selbst, so wie die des vaterländischen. Jenes war im hohen Grade ausgebildet, und seinen wesentlichen Bestandtheilen nach geeignet, bei allen Völkern und unter jeglicher Regierungsform zur Entscheidungs-Quelle auch für die verwickeltsten Lebensverhältnisse zu dienen. Das vaterländische Recht hingegen war roh, einfach, und, wie das darauf berechnete gerichtliche Verfahren, zum Theil schon längst außer Gebrauch gekommen. Das Studium eines solchen Rechts konnte nichts Anziehendes haben für ein Zeitalter, das sich mit so entschiedener Vorliebe zu den Wissenschaften, insonderheit zum Studium der Schriften einer längst vergangenen klassischen Zeit hinneigte, und noch weniger war es passend für die neuen Rechtsverhältnisse und die mancherlei Verzweigungen, wie sie der lebendige Verkehr unter allen Völkern des Mittelalters nothwendig erzeugen mußte. Unter diesen Umständen gewöhnte man sich leicht daran, Röm. Rechtsbegriffe auf alle Vorstellungen über Recht und Rechtsverhältnisse überzutragen; das einheimische Recht, so verschiedenartig auch die Quellen desselben nach Ursprung und Inhalt waren, nahm unvermerkt fast durchgängig eine römische Färbung an, und Niemand konnte ohne die Kenntniß des fremden Rechts mehr auf den Namen eines Rechtsgelehrten Anspruch machen[2]). So veränderte sich denn allmählig der ganze bisherige Rechtscharacter; das Röm. Recht wurde beinahe ausschließliche Quelle nicht blos für allgemeine Rechtsbegriffe und Verhältnisse, sondern für Alles, wofür es eine sichere und anwendbare Norm

darbot; auch waren durch die Anwendung desselben auf einheimische Institute manche neue Rechtsbegriffe mit gemischtem Character entstanden, das vaterländische Recht aber ausschließliche Entscheidungsquelle fast nur für solche Verhältnisse geblieben, welche sich nach den Grundsätzen des fremden Rechts schlechterdings nicht entscheiden ließen. — Hiezu kam aber zweitens noch eine äußere Autorität: die Aufmerksamkeit, welche die deutschen Kaiser dem Studium eines Rechts zuwendeten, das ihrem Interesse als Regenten so sehr günstig war. Vorzüglich sind in dieser Hinsicht zu nennen die Kaiser Friedrich I. und II., welche sich während der Blüthezeit der Glossatoren-Schule in Italien aufhielten [3]). Der erste zog berühmte Lehrer dieser Schule bei der neuen Verfassungseinrichtung für Italien zu Rathe [4]) und vermehrte die Privilegien der Hochschule zu Bologna [5]); beide aber hielten die Rechtslehrer sehr hoch, verfügten auch, daß einige von ihnen erlassene Gesetze dem Constitutionen-Codex einverleibt würden, damit sie gleiches Ansehen erhielten, wie die Justinianischen Constitutionen [6]). — Gegen so viele und so gewichtige Gründe vermochte auch das Ansehen einzelner Männer und Parteien nichts, die sich mit aller Macht der Aufnahme des fremden Rechts widersetzten. Auch ist es nicht nöthig, sich dafür auf gesetzliche Anerkennung zu berufen; denn als diese erfolgte, hatte sich ein feststehender Gebrauch längst für die Giltigkeit des fremden Rechts entschieden [7]). — Dieser Zusammenhang nun der heutigen Giltigkeit des R. R. mit den wissenschaftlichen Bestrebungen des Mittelalters, sodann aber auch der Einfluß, den von jeher die Wissenschaft auf einzelne Lehren und die von ihnen zu machende Anwendung geäußert hat und fortwährend äußert, ergiebt von selbst die Nothwendigkeit einer Verbindung des Röm. Rechts-Studiums mit dem der civilistischen Literär-Geschichte; hiezu soll daher im Folgenden einige Anleitung gegeben werden. **)

*) v. Savigny a. a. O. Th. III. Cap. 18.

1) Vgl. *Arthur Duck* de usu et authoritate juris civilis in dominiis principum Christianorum. Londini 1653. 8. — C. Spangenberg Einleit. in d. Röm. Justin. Rechtsbuch Th. I. Cap. IV. S. 86—116. — K. Fr. Eichhorn deutsche Staats- und Rechts-Geschichte Th. II. (2te Aufl. Gött. 1819.) §. 265. fgg. Th. III. §. 440—442.

2) Eichhorn a. a. O. §. 444.

3) S. *Silberrad* ad *Heineccii* hist. jur. Lib. II. §. 60. (pag. 815—845.). Eichhorn a. a. O. §. 269.

4) *M. Sarti* de claris Archigymnasii Bonon. professoribus p. 9. sq. §. 25.

5) Auth. *habita* C. *ne fil. pro patre* (IV, 13.). Savigny Gesch. u. s. w. Bd. III. S. 152 fgg.

6) S. die Schlußworte der auth. *habita*; und *Biener* hist. authent. §. 19. — Savigny Bd. III. S. 482—484. 493.

7) Eichhorn a. a. O. §. 440 u. 442. Spangenberg a. a. O. S. 112—115.

**) S. v. Savigny a. a. O. Bd. III. Cap. 16—17., oder über die Quellen und Schriftsteller der jur. Literärgeschichte. — *C. G. Haubold* institutiones jur. Romani litterariae. T. I. Partem biographicam et bibliographicae capita priora, maxime quae ad jus antejustinianeum spectant, continens. Lips. 1809. 8. — G. Hugo Lehrb. d. Geschichte d. Röm. Rechts seit Justinian oder der juris. u. meist civilistischen gelehrten Geschichte. 3te Aufl. Berl. 1830. 8. — G. A. Martin juristische Literairgeschichte im Grundrisse. Heidelb. 1824. 8. — v. Savigny a. a. O. Bd. III—VI.

§. 16.

Das Zeitalter der Glossatoren.*)

(Schola Irneriana.)

Bestand schon vor Irnerius zu Ravenna eine nicht unberühmte Rechtsschule[1]), so muß doch der erste Glossator Irnerius[2]) († vor **1140**) als der wahre Wiederhersteller der Rechtswissenschaft in Italien genannt werden. Nach ihm zeichneten sich folgende vier[3]) aus: Bulgarus († **1166**), dessen Nebenbuhler Martinus Gosia († noch vor jenem)[4]), Hugo de Porta Ravennate († vor **1171**)[5]), und Jacobus de Porta Ravennate († **1178**), welche auf des Kaisers Befehl dem Roncalischen Reichstage mit beiwohnen mußten[6]). Ungefähr um dieselbe Zeit lehrten Aldricus[7]), Wilh. de Cabriano[8]), Odericus[9]), Rogerius Beneventanus[10]), Albericus de Porta Ravennate[11]), Placentinus († **1192**)[12]), Henr. de Baila[13]), Johannes (Bassianus)[14]), Pillius[15]), Cyprianus[16]), Galgosius[17]), Otto[18]), Lotharius[19]), Burgundio oder Berguntio, welchen man für den Uebersetzer der griechischen Pandekten-Stellen hält[20]). Auf sie folgten Pillius aus Cremona, Azo († nach **1229**)[21]),

Hugolinus Presbyteri († nach **1233**)[22]), Lanfrancus[23]), auf diese aber Jacobus Balduini († **1235**)[24]), Ubertus de Bobio[25]), Roffredus Beneventanus oder Epiphanii[26]), und Accursius († um **1260**)[27]), welcher, mit Ausnahme von Irnerius, den meisten Ruf bei den Nachkommen erlangte. Er stellte aus dem gesammten Vorrath der handschriftlichen kurzen Textes-Erklärungen oder Glossen[28]), jedoch mit freier Auswahl und eignen Zusätzen, einen fortlaufenden Commentar zum Text zusammen[29]). Auch früher schon gab es einzelne, wenngleich keineswegs vollständige Zusammenstellungen der Glossen Mehrerer (glossa ordinaria, ordinata, magistralis)[30]); meistens aber enthielten die Handschriften des corp. jur. nur den apparatus oder die Glossen einzelner Rechtslehrer, und man unterschied zwei Arten solcher Glossen: kürzere, oder Interlinear-Glossen (weil sie über die Textes-Worte gesetzt wurden)[31]), und weitläuftigere, welche am Rande beigefügt wurden. Die Verbreitung der Accursischen Glosse, worin man das Wissenswürdigste aus sämmtlichen Glossen vereinigt zu finden glaubte, hatte denn die natürliche Folge, daß der Gebrauch der Handschriften mit dem Apparatus Einzelner, sowol beim Unterricht als in den Gerichten, immer seltener wurde, und vielleicht ganz aufhörte. Wenn nun gleich Accursius vielfachen Ruhm und Dank für seine Arbeit erndtete, so konnte er doch auch bitterem Tadel nicht entgehen; insonderheit aber hat man ihm zum Vorwurf gemacht, die einfache und würdige Sprache der ersten Glossatoren durch seine Barbarismen verunstaltet, und, eben so träg als kopflos, die widersprechendsten Meinungen ohne alle Kritik unter einander gemengt zu haben[32]). Uebrigens beschließt Accursius die Reihe der Glossatoren, und ohne Grund zählt man ihnen auch noch einige spätere Juristen bei, deren Lehrmeinungen von ihnen selbst, von Abschreibern oder von Editoren hie und da der Glosse beigemischt sind[33]). Man darf indessen bei der Schilderung des Zeitalters der Glossatoren einen Mann nicht übergehen, der freilich nicht eigentlich zu ihnen gehörte, — den Magister Vacarius, welcher um die Mitte des zwölften Jahrh. von Italien nach England ging, hier Röm. Recht lehrte und einen

Auszug aus den Digesten und dem Codex zum Besten seiner dürftigen Zuhörer, ungefähr nach Ordnung der 9 ersten Bücher des Codex, anfertigte. Aus diesem Buche (welches auf uns gekommen, aber noch nicht gedruckt ist) lernen wir manche Lesarten aus untergegangenen Handschriften kennen; die Vergleichung mit demselben kann aber auch zugleich dazu dienen, die großen Verdienste gehörig zu würdigen, welche die Glossatoren sich um Begründung eines lesbaren Textes erworben haben[34]).

*) *Guidi Panziroli* de claris legum interpretib. (cura *C. G. Hoffmanni.* Lips. 1721. 4.) Lib. II. c. 13—29. *Mauri Sarti* de claris archigymnasii Bononiensis Professoribus a sec. XI. usque ad sec. XIV. (T. I. P. I. II. Bonon. 1769—1772. fol.) p. 1—147. v. Savigny Bd. III. Cap. XXII—XXV. Bd. IV. Bd. V. Cap. XXXVII—XLIII.

1) S. über diese vorglossatorischen Rechtsschulen überhaupt: *Sarti* in dem Proömium des angef. Buchs, v. Savigny Gesch. d. R. R. im Mittelalter, in den oben (§. 14. Note 5.) angeführten Stellen und auch bei Bd. IV. Cap. XXVI. Bd. V. Cap. XLI. S. 205—236. — *Schrader* im Prodr. corp. jur. civ. §. 42.

2) *Sarti* a. a. O. Derselbe in vita Irnerii (a. a. O. S. 11—28., auch bei Zepernick in der biga libellor. authenticas illustrant. p. 61—158.) §. 4. *Odofredus* ad L. 6. D. *de J. et J.* — Savigny Bd. IV. Cap. XXVII.

3) Savigny Bd. IV. Cap. XXVIII. („Die vier Doctoren").

4) Ebendas. S. 121. S. 158—170.

5) Ebendas. S. 141 fg. 6) Ebendas. S. 151—157.

7) *Sarti* a. a. O. S. 63. Vgl. *Duck* a. a. O. S. 142. *a.* — Savigny Bd. IV. S. 199—203.

8) Savigny Bd. IV. S. 204—207.

9) Ebendas. S. 108 fgg. 10) Das. S. 172—193.

11) Das. S. 194—198. 12) Das. S. 210—245.

13) Das. S. 246—248. 14) Das. S. 249—267.

15) Das. S. 268—303. 16) Das. S. 304—312.

17) „*Constitutio Galgosiana*": Savigny Bd. IV. S. 315. u. Bd. V. S. 299. (Vgl. Koch B. P. S. 505—511.)

18) Savigny Bd. IV. S. 320—326.

19) Das. S. 327—331.

20) *H. Brenkmanni* histor. Pandect. p. 61. — Mit Unrecht haben Manche dies Verdienst dem Bulgarus zuschreiben wollen. M. s. *Sarti* im Irnerius §. 3. und §. 16. z. A. (S. 16. des angef. Werks). S. überhaupt darüber Savigny Bd. IV. S. 341—345.

21) Savigny Bd. V. S. 1—40.

22) Das. S. 41—62. 23) Das. S. 67—69.

24) Das. S. 90—105. 25) Das. S. 132—136.

26) Das. S. 163—194. 27) Das. S. 237—252.

28) *Quinctiliani* instit. orator. I, 1. a. E. — *Eckhardi* herm. jur. Lib. 1. §. 31. — Savigny Bd. IV. S. 514—523.

29) *Sarti* im Accursius (a. a. O. S. 136—147.) §. 7—12. — Savigny Bd. V. S. 253—257.

30) S. *Schrader* im Prodr. corp. jur. civ. §. 43—47. (p. 231—239.). Biener Gesch. d. Novellen S. 287. — Vergl. Savigny Bd. V. S. 257—270.

31) *Sarti* im Irnerius §. 5. auch im adp. monumentor. operi adj. I. (p. 187.). — S. indessen *C. F. Wenck* Magister Vacarius p. 117. Savigny Bd. III. S. 519. Bd. IV. S. 27. 28. 32.

32) Gegen diese Vorwürfe hat, außer Guido Panzirolus, Alciatus, Cujacius u. A., welche Sarti a. a. O. §. 12. nennt, den Accursius zu vertheidigen gesucht *J. G. Heineccius* in historia juris Rom. ac Germ. Lib. I. §. 416. not. *. M. s. aber Savigny Bd. V. S. 257—270. Vgl. auch Schrader a. a. O. §. 48. S. 240—242.

33) S. Cramer in Hugo's civilist. Magazin III. S. 146. 147. — *J. G. Claussen* denuo edendae Accursianae glossae specimen. Hal. (1828.) 8. — Uebrigens vgl. Savigny Bd. V. S. 273—277. S. 287. (Nr. 1.) 288. S. 297 fg. S. 348. *Schrader* a. a. O. §. 48 a. E. (S. 243.).

34) *Sarti* a. a. O. S. 49—57. — Vgl. Dirksen civilist. Abhandl. I. S. 319 fgg. — Besonders aber s. *C. F. C. Wenck* Magister Vacarius, primus juris Romani in Anglia Professor cet. Lips. 1820. 8. und Nachträge hiezu in den von Stieber herausgegebenen opuscul. p. 453—494., auch p. LXIV. sq. der praefat. des Herausgebers. — Savigny Bd. IV. S. 348—366.

§. 17.

Die Leistungen der Glossatoren. *)

Die Kenntniß dessen, was von den Glossatoren für die Justinianischen Rechtsbücher geschah, ist zu einem gründlichen Studium des s. g. heutigen R. R. unentbehrlich. Ihre Leistungen, sowol in Beziehung auf Kritik und Erklärung der Quellen, als der Anordnung ihrer Theile und der Bestimmung ihrer Anwendbarkeit, haben einen wesentlicheren und bleibenderen Einfluß gehabt, als was zu irgend einer anderen Zeit für den einen oder den anderen dieser Zwecke geschehen ist. Wir zeichnen hier Folgendes aus: I. Sie brachten nach und nach die einzelnen Stücke des Justinianischen Rechts (meistens vollständig) zusammen, ordneten sie und gaben dem Ganzen den Namen Corpus juris civilis [1]). II. Die Digesten schieden sie in drei Theile, das Digestum vetus (von Lib. I—XXIV. Tit. 1. u. 2.), das Infortiatum (von Lib. XXIV. Tit. 3.—Lib. XXXVIII.), das Dig. novum (von Lib. XXXIX bis zu

Ende). Gewissermaaßen ein besonderer Theil des Infortiatum beginnt mit den Worten *tres partes*, welche gegen das Ende von L. 82. D. *ad Leg. Falcid.* (XXXV, 2.) stehen; daher der Name: Infortiatum cum tribus partibus, oder: I. et tres partes. Höchstwahrscheinlich hängt diese ganze Eintheilung und Bezeichnung damit zusammen, daß die Justinian. Pandekten nur stückweise aufgefunden wurden, und zwar der letzte Theil von den Worten an: tres partes, der L. 82. D. *ad L. Falc.*; später trennte man dies Stück davon und fügte es — sowol der äußeren Gleichförmigkeit der Theile, als auch des materiellen Zusammenhangs wegen — bis Lib. 38 incl. dem mittleren Theile hinzu, welcher nunmehr der vergrößerte oder verstärkte genannt wurde[2]). Jedenfalls muß man diese Eintheilung kennen, indem hiernach die meisten uns bekannten Handschriften und die älteren Ausgaben geordnet sind. III. Die neun ersten Bücher des Codex trennten sie von den übrigen drei, welche vielleicht bei den zuerst aufgefundenen Handschriften fehlten, oder auch ihres Inhalts wegen für nicht besonders wichtig gehalten werden mochten[3]); in den Handschriften findet man sie gewöhnlich in einem Bande (dem s. g. Volumen, oder volumen parvum) mit den Novellen, häufig auch den Institutionen[4]). IV. Statt der epitome Juliani (s. §. 14. Note 4.) führten sie den Gebrauch der ächten Novellen ein, welche übrigens schon die ersten Glossatoren[5]), und zwar im Gegensatz von der epitome[6]), das *Authenticum*, oder den Liber Authenticorum nannten[7]). Uebrigens kannte man damals nicht so viele Novellen, wie jetzt; daß aber mehr als die 97 glossirten[8]) den Glossatoren bekannt waren, dürfen wir mit Gewißheit annehmen[9]). Sie hatten oder gebrauchten aber nicht den griechischen Text, sondern (mit Ausnahme der ursprünglich lateinisch geschriebenen Novellen[10])) eine lateinische Uebersetzung, die Vulgata genannt[11]); Urheber und Zeitalter dieser Uebersetzung sind unbekannt[12]), die Sprache zeugt aber von wenig Bildung, sucht sich übrigens dem Original wörtlich anzuschließen[13]). Die für practisch gehaltenen Novellen brachte man in 9 Collationes, diese aber zerfallen in Titel, deren jeder eine Novelle umfaßt, außer daß die Nov. VIII. zwei Titel hat[14]); die übrigen, extra-

ordinariae (unpractische, nicht glossirte) genannt, wurden als Anhang wahrscheinlich in drei Büchern zusammengestellt[15]), so daß also gewissermaaßen die zwölf Bücher des Constitutionen-Codex sich in den Novellen wiederfanden[16]). V. Die Glossatoren sind Urheber der Authentiken[17]), d. h. kurzer Auszüge aus Novellen (oder dem Liber authenticus), welche schon Irnerius[18]) verfertigte und zu den Stellen der 9 ersten Bücher des Codex anmerkte, denen dadurch derogirt wurde. Die späteren Glossatoren ergänzten und berichtigten diese Auszüge, indem sie zugleich die s. g. Authenticae Fridericianae beifügten, nämlich eine vollständige Constitution Friedrichs I. (auth. *habita*) und Auszüge aus einer zweiten Constitution dieses Kaisers, so wie aus 11 anderen K. Friedrichs II.[19]). Accursius revidirte die Authentiken und trug sie wahrscheinlich zuerst in den Text ein, wohin blos die Fridericianischen Authentiken gleich Anfangs schon gestellt waren; die übrigen hatten ihren Platz unter den Marginal-Glossen erhalten[20]). Auch bei Institutionen-Stellen, selbst bei einzelnen Novellen trug man Authentiken ein, was aber von jeher wenig beachtet ist, und in neuerer Zeit gewissermaaßen erst wieder entdeckt werden mußte[21]).

*) v. Savigny a. a. O. Bd. III. Cap. XXII—XXV.

1) *Sarti* a. a. O. P. II. p. 214. col. B. Hugo civil. Mag. IV. S. 101. 102. (Vgl. *Livius* III, 34. a. E.). Savigny Bd. III. S. 477 fg.

2) *Odofredus* in comment. ad L. 82. D. *ad leg. Falcid.* XXXV, 2. (Vgl. Eichhorn deutsche Staats- u. Rechtsgesch. II. § 267. die Noten *d.* u. *f.*). Hugo civ. Magaz. III, 9. S. 183 fgg. u. V, 1. S. 1—53. Vgl. v. Savigny Gesch. des Röm. Rechts im Mittelalter II. S. XI. S. 153. 253. 291. 293. III. S. 390—407. — Dagegen wieder Hugo a. a. O. Bd. V. S. 475 fgg. u. S. V—X. XXXI—XL. Bd. VI. S. 46 fgg.

3) Cramer in Hugo's civilist. Magaz. III. S. 153. — *Biener* hist. authenticar. p. 34. 35.

4) Savigny Bd. III. S. 479—481.

5) M. s. nämlich die Glosse des Irnerius bei Savigny Bd. III. S. 454. Note 93. — Vgl. Biener Gesch. d. Nov. S. 607.

6) S. *Joannis* Summa Nov. in prooem. (bei Savigny a. a. O. S. 458 fg. Note 99. u. bei Biener a. a. O.) — „quia etiam alius liber est hoc nomine (novellarum) vocatus, *qui tractat similem expositionem hujus*, postea placuit, ut ad ejus differentiam hujus libri nomen mutaretur, ut autenticum, vel autentica seu liber authenticorum nominaretur." Wenn aber Johannes hinzufügt: „*eo, quod prae ceteris legum libris autorizabilis habeatur*", so darf dies schwerlich für etwas Anderes, als für einen augenblicklichen Einfall ge-

halten werden, welcher nicht einmal zu seinen eignen (unmittelbar vorausgehenden) Aeußerungen paßt. Vgl. *Alciati* Parerg. Lib. II. c. 46. — A. M. ist jedoch Biener a. a. O. S. 264.

7) S. überhaupt *Odofredus* ad C. *cordi nobis*. — Vgl. *glossa* zu ders. Stelle a. E. — *Biener* hist. authent. p. 28. not. 19. v. Savigny Bd. III. S. 453—461. — Biener Gesch. der Novellen S. 262—271. (Nr. I—III.).

8) Cramer Beiträge z. Gesch. d. Novellen. Erster Beitr. (in Hugo's civ. Mag. III. S. 26—50.). Biener Gesch. der Nov. S. 285—289. (Nr. V.). — Vgl. ebendas. S. 291—314. (Cap. IX.). — S. 547—550. (Nr. 7.).

9) Cramer Zweiter Beitrag (in Hugo's civ. Mag. III. S. 113—162.). Biener a. a. O. S. 243—249.

10) *Aemil. Lud. Hombergk zu Vach* de Novellar. constitution. lingua originaria et vulgatae versionis aetate, auctore et usu in foro (in *Zepernick* delectus scriptorum Novellas Justin. illustr. p. 177 sqq.). — v. Savigny Beitr. z. Gesch. d. latein. Novellentextes nebst einigen ungedruckten Novellen. (Zeitschr. für geschichtl. R. W. II. 3. S. 100—136.). — Biener a. a. O. S. 249—260. (Nr. II—V.). — S. auch die oben (§. 12. Note 11.) angef. Schr. von Kriegel.

11) *Hombergk* a. a. O. cap. II. Biener a. a. O. S. 260—262. (Nr. VI.).

12) *Hombergk* a. a. O. c. I. §. 26. 27. Biener a. a. O. S. 255. u. S. 260. — Uebrigens vgl. *Schrader* im Prodr. corp. jur. civ. p. 28. not. 23.

13) Savigny a. a. O. (Zeitschr. u. s. w.) S. 102. fgg. Biener a. a. O. S. 249. 254.

14) Savigny Gesch. des Röm. R. Bd. III. S. 463—465. Biener a. a. O. S. 271 (Nr. VI.)—273. S. 313. S. 345.

15) Savigny Gesch. d. R. R. Bd. III. S. 465. Bd. IV. im Anhang S. 485. Bd. V. im Anh. S. 571. a. E. u. fg.

16) Savigny S. 466. Biener a. a. O. S. 273—285. — Ueber die decima collatio s. Savigny Bd. III. S. 484—486. Bd. V. S. 62. a. E. — Vgl. C. F. Dieck Literärgesch. des Longobard. Lehnr. (Halle 1828. 8.) S. 260. — Cramer im civ. Mag. III. S. 36. fg. (Note *. Nr. 4.).

17) Biga libellorum, authenticas codicis rep. prael. earumque historiam illustrantium [enthaltend: 1) *Jo. Jac. Scherzii* D. de authenticarum auctoribus et auctoritate; 2) *Mauri Sartii* Prooem. de fatis jurisprud. Rom. in Italia ante Irnerium, et vitam Irnerii]. Edid. et praefatus est (de fontibus et ratione enarrandae historiae authenticarum) *C. Fr. Zepernick*. Hal. 1788. 8. — *Fr. Aug. Biener* historia authenticarum Codici R. P. et institutionibus Justiniani insertarum. Sect. I. et 2. Lips. 1807. 4. — *Wenck* Vacarius p. 129—133. — Savigny Bd. III. S. 488—499. Bd. IV. S. 39—58.

18) *Alex. Arn. Pagenstecher* Irnerius injuria vapulans. Groening. 1701. 4. — *Corn. v. Bynkershoek* diatr. de auctore auctoribusve authenticarum (Opp. omnia II. p. 49 sqq.). Desselben contentio litteraria cum *A. A. Pagenstechero* et praefat. Libri singular. ad L. 9. D. *de lege Rhodia de jactu* (das. p. 61—75.). (Die literär. Streitigkeiten über den Urheber der Authentiken hat in der Kürze referirt Spangenberg, Einleitung u. s. w. S. 133. 134.) — *Biener* a. a. O. §. 5. 6. Savigny Bd. IV. S. 47—49.

19) *Zepernick* in der angef. Vorr. p. XVI. sqq. — *Scherz* a. a. O. p. 37 sqq. — *Biener* a. a. O. §. 14—19. — Savigny Bd. III. S. 491 — 8.

20) *Biener* a. a. O. §. 12.

21) v. Savigny in Hugo's civ. Mag. III, 14. S. 282 fgg. — *Biener* a. a. O. §. 22—25. — Savigny Bd. IV. S. 35 fgg.

§. 18.

VI. *) Zu den größten Verdiensten der Glossatoren gehört aber, daß sie mit einem fast beispiellosen Fleiße einen lesbaren, nach kritischen Grundsätzen vielfach berichtigten Text begründeten [22]). Gewiß war dies nicht das Werk einer förmlichen Uebereinkunft, sondern die natürliche, ja nothwendige Folge einer beharrlichen Beschäftigung gelehrter und scharfsinniger Männer mit demselben Gegenstande [23]). Darum darf man denn das, was hier über die Constitution eines lesbaren Textes gesagt ist, keineswegs auf einzelne Lesarten beziehen; auch ist eine völlige Uebereinstimmung aller Lesarten wohl schwerlich gemeint, wenn es in den (ohnehin nach der Glossatoren-Zeit abgefaßten) Statuten von Bologna aus dem Jahre **1289** (Rubr. **3.**) heißt: die Stationarien sollten nicht willkührlich von dem anerkannten Text abweichen, und nur Exemplare mit berichtigtem Texte liefern [24]). Ueberdies beweisen die zahlreichen Varianten in der Accursischen Glosse, so wie überhaupt die Streitigkeiten der Glossatoren über Lesarten bestimmt das Gegentheil. Der Ausdruck recensio oder litera Bononiensis darf daher nur überhaupt auf den von den Glossatoren kritisch berichtigten Text bezogen werden. Bei einzelnen Verschiedenheiten findet sich doch in den zur Glossatoren-Zeit entstandenen Handschriften eine so durchgängige Uebereinstimmung in wesentlichen Puncten, daß jener Ausdruck eine sehr bestimmte Bedeutung erhält, im Vergleich mit den vorglossatorischen [25]). Von diesen sind uns freilich sehr wenige erhalten [26]); die meisten gingen unbeachtet verloren, da man sie weder in den Schulen noch in den Gerichten gebrauchte. Unter den erhaltenen ist aber das s. g. Florentinische Pandekten-Manuscript auszuzeichnen, welches von Pisa etwa im J. **1406** oder **1411** nach Florenz kam, wo es sich auch gegenwärtig noch befindet [27]). Mit Recht legten auch die Glos-

satoren schon einen großen Werth auf diese Handschrift, welche die wesentliche Grundlage ihrer Pandekten-Critik wurde; freilich folgten sie ihr auch in der fehlerhaften Anordnung einzelner Titel und Stellen, welche in bloßen Versehen des Abschreibers oder des Buchbinders ihren Grund haben[28]). Diese fehlerhafte Anordnung finden wir daher in allen uns bekannten Pandekten-Handschriften und in den älteren gedruckten Ausgaben, wodurch denn die, jetzt allgemein verworfene, Meinung veranlaßt wurde, daß die Florentinische Handschrift das Originalexemplar Justinians, oder doch wenigstens die Mutter aller übrigen Handschriften sei[29]). Wenn nun also von einer lectio vulgata die Rede ist, so können wir diesen Begriff im Allgemeinen auf die in den Glossatoren-Handschriften (vulgares Codices) enthaltenen Lesarten, im Gegensatz der sonst sich findenden (namentlich der von den Glossatoren s. g. litera Pisana) beziehen. Hiernächst aber läßt sich allenfalls noch ein doppelter Begriff von lectio vulgata unterscheiden; a) ein bestimmter, d. i. die Lesart, worin alle Glossatoren-Handschriften übereinstimmen, und b) ein unbestimmter, worunter man eine Lesart verstehen kann, welche sich in den mehrsten Handschriften findet, die mithin als die gangbarere betrachtet werden kann, als Gegensatz von allen abweichenden, mögen sie in dem Florentinischen Pandekten-Manuscript, oder in sonstigen Handschriften, oder nur bei einzelnen Editoren vorkommen. VII. Einen sehr großen Einfluß übten die Glossatoren auch auf den dogmatisch-practischen Theil der heutigen Civilrechts-Wissenschaft aus. Sie brachten die practischen Begriffe ihrer Zeit mit Röm. Recht in Verbindung, sie sind die Urheber der meisten jetzt gangbaren, aber unächten, technischen Ausdrücke[29a]), und fast alle Streitigkeiten über den Sinn einzelner Stellen und über die practische Bedeutung gewisser Begriffe und Lehren des Röm. Rechts treffen wir schon bei ihnen an[30]). Dennoch aber kommt gewiß nicht der größte Theil der dogmatischen und practischen Irrthümer der heutigen Jurisprudenz auf ihre Rechnung; manche dieser Irrthümer veranlaßten sie auch ohne ihre Schuld, indem die von ihnen gebildeten Kunst-Ausdrücke von späteren Juristen mißverstanden und ganz willkührlich angewandt wurden[31]). VIII. Durch die Glosse wurde auch der

äußere Umfang der Giltigkeit des R. R. bestimmt, nach der bekannten Regel: quod non agnoscit glossa, id nec agnoscit curia[32]). Indessen streitet man nicht nur über die Ursachen, welche diesen Canon veranlaßten, sondern selbst darüber: ob eine solche Regel (mit rechtlich verbindender Kraft) überhaupt existire[33])? und auch unter denen, welche dies bejahen, findet sich keineswegs eine Uebereinstimmung in Ansehung ihrer Bedeutung und ihres Umfangs[34]). Freilich wird sie nicht immer genau beobachtet, seitdem man meistens nur uncritische Ausgaben ohne Glossen gebraucht[35]), auch hat man sich bei gerichtlichen Streitigkeiten und Entscheidungen mitunter sogar auf bloß restituirte Stellen berufen[36]).

*) v. Savigny Bd. III. S. 388—496. (Cap. XXII. „Rechtsquellen der Glossatoren").

22) Hierüber s. insonderheit *Andr. Guil. Cramer* in der Vorr. zu den von ihm herausgegebenen Titeln der Pand. u. des Coder de Verb. Sign. (Kil. 1811. 8.) p. XIII. XIV. XXXV. XLVII., so wie die Rec. dieses Buchs (von Savigny) in den Heidelberger Jahrbüchern der Literatur v. J. 1812. No. 37. S. 578—581. — v. Savigny Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter Bd. II. S. 147—150. Bd. III. S. 424—449. S. 449—452. — *Schrader* in der Vorr. zu den von ihm herausgegebenen Pandektentiteln de condi tione ob turpem causam u. de testibus (Tub. 1819. 8.) p. XXVI—XXVII.

23) Savigny Bd. III. S. 441—443.

24) *Sarti* a. a. O. P. II. p. 225. Savigny Bd. III. S. 539. fgg.

25) S. *Wenck* Vacarius p. 145 et 221. not. 109. Vgl. das. not. 180. p. 250—254. not. 380. p. 295. not. 392. p. 297. Savigny Bd. III. S. 429—440. und im Anhang S. 631—650. — *Claussen* Accursianae glossae specimen p. XII—XV. (Vgl. die Glosse zu L. 9. §. ult. D. *de pecul.* XV, 1.)

26) *Biener* historia authenticar. p. 35. — *Goeschen* in der Vorrede zu *Gaji* institutiones p. LXV—LXIX. (ed. 2.). — C. F. Roßhirt Beiträge zum Röm. Rechte u. s. w. Heft I. (Heidelb. 1820. 8.) I. — *Schrader* im Prodr. jur. civ. §. 2. (p. 66. 67.). — *C. Th. Gaupp* de quatuor foliis antiquissimi Digest. Cod. Neap. nuper repert. Vratisl. 1823. 4. (Vgl. Schröter im Hermes 1825. S. 379—382.)

27) *Henr. Brenkmann* historia Pandectarum seu fatum exemplaris Florentini. Traj. ad Rhen. 1722. 4. — *Eckhard* hermeneut. jur. Lib. I. c. 2. §. 69—82. u. das. *Walch.* — Förster das Florentinische Manuscript der Pandecten (in der Zeitschrift für geschichtl. R. W. II. S. 271—273.). — Savigny Bd. III. S. 83—89. 411. fgg.

28) Schrader civilist. Abh. I. S. 239—241. — Hugo üb. die Versetzung von 82 Stellen gegen das Ende der Pandecten; im civ. Magaz. V, 10. S. 257—291. — Savigny Bd. III. S. 417.

29) *Brenkmann* a. a. O. Lib. III. c. 2. — *Eckhard* a. a. O. §. 72. Schrader a. a. O. (Abh.) S. 242—253. — (v. Savigny) in d. Heidelberger Jahrb. von 1812. S. 578. 579. — Spangenberg

Einleitung u. s. w. S. 408—422. — Savigny Gesch. u. s. w. Bd. III. S. 414—424.

29 a) Manche unächte Kunstausdrücke sind aus späterer Zeit (z. B. res fungibiles von Ulr. Zase), andere dagegen kamen schon vor den Glossatoren auf (z. B. fiduciarius pater, im Westgothischen Gajus I. VI. §. 3.), occupatio u. a. im s. g. Brachylogus Lib. II. Tit. 2—7. (nach der Ausg. von Böcking). Vgl. Cramer in der Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. I. S. 314 fgg. — v. Savigny Gesch. u. s. w. II. S. 255. 256.

30) Ueber die Controversen der Glossatoren s. *Jo. Sal. Brunnquell* Prolus. de sectis et controv. juris Just. interpretum, quos glossatores appellamus, in opuscul. VIII. p. 303—330. — *Sarti* a. a. O. p. 32. 33. 40. 59. 80. 95. — *Wenck* im Vacarius p. 180—338. und in den Nachträgen, opusc. p. 473 fgg. — *Rogerii Beneventani* de dissensionibus dominorum sive de controversiis veterum juris Romani interpretum, qui glossatores vocantur, opusculum. Edid. et animadvers. atque accessionibus locupletavit *C. G. Haubold.* Lips. 1821. 8. — Savigny Gesch. ꝛc. Th. V. S. 221—236. — *G. Haenel* dissensiones Dominorum s. controversiae veterum jur. Romani interpretum, qui glossatores vocantur. Lips. 1834. 8. — (Vgl. *Accursius* in gl. ad L. 9. pr. D. *uti possidetis*: „alii dixerunt, ut Martinus cum suis Gosianis —" etc.)

31) Vgl. Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie d. Rechts II. Abhandl. 3. — Meine Lehre von der Cession der Forderungsrechte §. 17., und observationes jur. Rom. specimen I. (Regiom. 1818. 8.) cap. I. §. 12.; s. auch meine Abh. über s. g. juris u. facti univ. im Archiv für civ. Pr. Bd. 17. H. 3. Nr. 12.

32) C. F. Glück Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts (Erl. 1812.) §. 64. I. S. 269—274. — Spangenberg Einleitung ꝛc. S. 167. 168. — *Claussen* a. a. O. p. XVI. XVII.

33) *Beck* de usu et auctoritate Novellarum Leonis §. 47 sqq. (bei *Zepernick* p. 183 sqq.). Dagegen *Zepernick*: quibus ex causis Nov. Leon. receptae non sint §. 22 sqq. (hinter seiner Ausg. der Beckschen Schrift III. p. 522 sqq.).

34) (Seidensticker) juristische Fragmente Th. II. (Gött. 1802. 8.) Cap. 26. Fr. 234. — Savigny Bd. V. S. 268. 269.

35) C. C. Dabelow Handbuch des Pandecten-Rechts in einer kritischen Revision seiner Hauptlehren Theil I. (Halle 1816. 8.) S. 199. 200. — Fritz Erläuterungen zu v. Wenings Lehrb. Heft I. S. 4.

36) Ad. Dietr. Weber Versuche über das Civilrecht (Schwer. 1801. 8.) S. 48. — S. auch meine Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalls S. 183 fgg.

§. 19.

Die Scholastiker, oder: Verfall des wissenschaftlichen Studiums nach den Glossatoren.

(Schola Accursiana, Sch. Bartolina.)

Schon zur Zeit des Accursius hatte die würdige und einfache Behandlungsweise der Wissenschaft, welche die Arbeiten

der früheren Glossatoren auszeichnet, sich verloren und allmählig einer schwerfälligen, weitschweifigen, sich in unnütze Spitzfindigkeiten verlierenden und durch Barbarismen aller Art verunstalteten Sprache Platz gemacht[1]). So lehrte und schrieb denn insonderheit auch Odofredus († **1265**), im Uebrigen ein Mann von den trefflichsten Geistesgaben und ausgezeichneter Gelehrsamkeit[2]). Er war ein Zeitgenosse und Rival des Glossators Accursius, dessen Sohn Franciscus Accursii († **1293**)[3]) den meisten Ruf erhielt[4]). Gleichzeitig lebten Vivianus, Verfasser der meisten Casus bei den Glossen[5]), Dinus Mugellanus[6]), Jac. v. Arena[7]). Auf diese folgten Petrus a Bella Pertica[8]), Cinus[9]), Albericus de Rosciate[10]), und der berühmteste von allen bisher genannten, Bartolus de Saxoferrato († **1359**)[11]). Er liebte die dialectische Methode, befliß sich übrigens einer kurzen und lichtvollen Schreibart[11a]). An Ruhm ihm gleich kam sein Schüler (und, wie man gewöhnlich, aber ohne Grund annimmt, späterhin Gegner) Baldus de Ubaldis († **1359**)[12]). Von den übrigen Juristen dieser Periode mögen hier noch Barthol. de Saliceto († **1402**), Raph. Fulgosius († **1427**), Paul. de Castro († **1441**) genannt werden[12a]), so wie Jason de Mayno[13]), welcher zwar erst i. J. **1519** starb, allein — ungeachtet der von Manchen ihm nachgerühmten humanistischen Bildung und guten Latinität[13a]) — seiner Methode und Schreibart nach entschieden hieher gehört.

1) Vgl. Savigny Bd. V. S. 200—205. (Cap. XLI. Nr. I.) S. 320—322. S. 529—531.

2) *Sarti* a. a. O. p. 147—157. — Savigny Bd. V. S. 323—344.

3) *Sarti* a. a. O. p. 176. 184. — Savigny Bd. V. S. 178—192.

4) „Glossa Cervina" (*Cervotti Accursii*), Savigny Bd. V. S. 296—299. — „*Wilhelmi Accursii* casus", daſ. S. 303.

5) Savigny Bd. V. S. 312—317. — „Casus longi, breves", daſ. S. 317—319.

6) *Sarti* a. a. O. p. 233—239. — Savigny Bd. V. S. 397—411.

7) Savigny Bd. V. S. 360—367.

8) Hugo S. 152. — Savigny Bd. VI. S. 26—31.

9) Savigny Bd. III. S. 629. D. und Bd. VI. S. 63—86. — Opera omnia. Lugd. 1547. fol.

10) Cramer in Hugo's civil. Magaz. III. S. 132—134. — Savigny Bd. VI. S. 112—121.

11) *Guidus Panzirolus* de claris legg. interpretibus (Lips. 1721. 4.) Lib. II. c. 67. u. daſ. das Urtheil des Catell. Cotta p. 524. *Alber. Gentilis* de jur. interpretib. Dialog. secund. p. 564 sqq. — Savigny Bd. VI. S. 122—163. — *Bartoli* opp. T. I—V. Aug. Taur. 1574. fol. u. öfter.

11a) Anders urtheilt freilich Ant. Goveanus über ihn; opp. p. 79 ad L. Gall. §. 21.

12) *Gu. Panzirolus* a. a. O. Lib. II. c. 70. — Savigny Bd. VI. S. 185—226. (Cap. LV. „Baldus und die Familie Baldeschi"). *Baldi* opp. T. I—IV. Aug. Taur. 1576. fol. u. öfter.

12a) Savigny Bd. VI. S. 227 fgg. (Cap. LVI.).

13) Savigny Bd. VI. S. 343—362.

13a) Z. B. von Alciati, der freilich ſein Schüler war, u. von Panzirolus a. a. O. p. 226.

§. 20.

Genauere Verbindung der Rechtswiſſenſchaft mit der alten Literatur.

Im **16.** Jahrh. erhielt die Civilrechts-Wiſſenſchaft faſt eine völlige Umgeſtaltung durch die innige Verbindung mit der claſſiſchen Literatur, worauf der Philolog Angelus Politianus († **1494**) keinen unbedeutenden Einfluß hatte [1]). Freilich fehlte es nicht an Gegnern, welche die alte Methode für die gründlichſte und beſte erklärten, die Neuerer mit dem Spottnamen der Nominales (Nominaliſten) belegten, ſich ſelbſt aber die Reales (Realiſten) nannten, um dadurch ihren Sachreichthum im Gegenſatz einer bloßen Buchſtaben-Gelehrſamkeit anzudeuten [2]). Doch ſiegte für lange Zeit die gelehrte Partei [3]). Eine große Reihe von Männern, wenngleich unter ſich verſchieden an Geiſt und Gelehrſamkeit, verfolgte ein Ziel; es war dies: hiſtoriſch-kritiſche Behandlung der Rechtsquellen, Aufſuchung, Bearbeitung und Benutzung von Quellen des alten, ſo wie des byzantiniſchen Rechts, Wiederherſtellung der griechiſchen Stellen in Juſtinians Rechtsbüchern, und Ergänzung fehlender Stücke in denſelben, oder doch, wo dieſe nicht möglich war, Reſtitution ihres Inhalts [4]). Es ſind hier folgende Gelehrte (wenngleich einige derſelben nur wegen des großen Anſehens, das ſie bei ihren Zeitgenoſſen erlangten) zu nennen: Von Italiänern Andr. Alciatus († **1550**) [5]), den man auch wohl den Stifter der eleganten Rechts-

schule nennt, Aemil. Ferrettus, Marianus Socinus d. j.[6]), die Taurelli (Lälius, der Vater und sein Sohn Franciscus), Scipio Gentilis (Prof. in Altdorf, † 1616)[7]), Jul. Pacius, Ant. Merenda, M. Aurel. Galvanus, Nic. Bonaparte[7a]), Jan. Vinc. Gravina und allenfalls noch Jos. Averanius[8]). Berühmte Deutsche aus dieser Periode sind: Greg. Haloander (Hoffmann, † 1531), der durch seine Ausgaben sämmtlicher Theile des Corpus juris kritischen Scharfsinn und gründliche Gelehrsamkeit im hohen Grade bewährt[9]), insonderheit auch um die Novellen, die er zuerst griechisch herausgab, sich große Verdienste erworben hat[10]), dem man aber kritische Willkühr bei der Emendation einzelner Stellen nicht mit Unrecht zum Vorwurf macht[11]), Ulr. Zase († 1535)[12]), J. Sichard († 1552)[13]), Joh. Fichard († 1581)[14]), J. Leunclajus (Leunclavius, Löwenklau, † 1593)[15]), Herm. Vultejus († 1634)[16]), Reinhard Bachov von Echt († 1635)[17]), Joh. Jac. Wissenbach († 1665), u. A. Mehr Anhänger der historisch-philologischen Juristen-Schule finden wir aber in Belgien, so insonderheit: Viglius ab Aytta Zuichem († 1577)[18]), Gabr. Mudäus, Henr. Agyläus[19]), Jacob Rävardus († 1568)[20]), Joh. v. Sande, Hub. Giphanius (van Giffen, † 1604)[21]), — der auch eine Zeit lang zu Altdorf neben H. Donellus, seinem Gegner, öffentlicher Lehrer war, — Sibr. Siccama, Hugo Grotius († 1645)[22]), Arn. Vinnius († 1657)[23]), Sim. Leeuwius (van Leeuwen)[24]), Ulr. Huber († 1694), Jac. Perizonius[25]), Corn. van Eck, Ger. Noodt († 1725)[26]), Ant. Schulting († 1734)[27]), welcher auch wohl „Batavorum Cujacius" genannt wird, Heinrich Brenkmann († 1736)[28]), Joh. Ortwin Westenberg († 1737)[29]), Corn. van Bynkershoeck († 1743), von allen Juristen, die sich ausschließlich dem Geschäftsleben widmeten — wenn man etwa Barn. Brissonius und Ant. Faber ausnimmt — der größte und berühmteste Gelehrte[30]). Großes Verdienst um die Wissenschaft erwarben sich auch Ant. Goveanus, aus Portugall gebürtig, aber in Paris erzogen (†

1565)[31]), der Schotte Heinr. Scrimger († 1586)[32]), und vor Allen Ant. Augustinus aus Spanien († 1586)[33]), dessen großes Talent und gründliche Gelehrsamkeit ihn weit über seine Landsleute erheben, von welchen hier nur etwa noch genannt seyn mögen: Jos. Fernandez de Retes († 1678) und Franc. Ramos del Manzano († 1683). Der Hauptsitz der gelehrten Juristen-Schule war aber lange Zeit Frankreich, wie die folgenden berühmten Namen bezeugen: Almar. Bouchardus (Amaulry Bouchard), Aymar. Ranconnetus (de Ranconet) und seine Freunde Joh. Tilius (Dutillet, † 1570), ein Philologe, und Lud. Miräus[34]); Joh. Corasius[35]), Eguinarius Baro († 1550)[36]), Franc. Connanus († 1550)[37]), Franc. Duarenus († 1559)[38]), Franc. Balduinus (Baudouin, † 1573)[39]), Ant. Contius (le Conte, † 1577)[40]), Jac. Vintimillius, Jac. Labittus, Joh. Robertus[41]), Pardulphus Pratejus, Lud. Russardus, Fr. Hotomanus († 1590)[42]), Lud. Charondas (Le Caron, † 1617), und der berühmteste Jurist, nicht blos unter seinen Landsleuten, sondern von Allen, die seit Irnerius den Justinianischen Rechtsbüchern ihren Fleiß zugewandt haben, — der große Jac. Cujacius (Cujas, geb. 1522, † 1590)[43]). Ihm gleich vielleicht an Geist, ihm überlegen an philosophischem Scharfsinn und dialectischer Gewandtheit, jedoch im historischen und philologischen Wissen, so wie in geschmackvoller Behandlung ihm bei weitem nachstehend war sein Gegner Hugo Donellus (Doneau), welcher nach manchen Schicksalen als Professor in Altdorf starb (geb. 1527, † 1591)[44]). Ein Zeitgenosse von Beiden war Barn. Brissonius, der sich hauptsächlich um die juristische Lexicographie große Verdienste erwarb († 1591)[45]). Von den übrigen sind noch zu nennen die Gebrüder Pithou (Pet. und Franz Pithoeus)[46]), Pet. Faber (du Faur, † 1600), Ant. Faber (Favre, aus Savoyen, † 1624)[47]), With. Maranus († 1621)[48]), Dion. Gothofredus († 1622)[49]), Pet. ab Area Baudoza[50]), Jan. a Costa (Jean de la Coste, † 1637), Edm. Merillius († 1647)[51]), Jac. Gothofredus (Godefroi, aus Genf,

† 1652), der Sohn von Dionysius, durch Talent und Gelehrsamkeit aber seinen Vater weit überragend[52]), Carl Annib. Fabrotus († 1569), Ant. Dadin. Alteserra (de Hauteserre), Aegid. Menagius (Gilles Menages, † 1692)[53]).

1) *Ant. Augustini* emendation. Lib. IV. c. 14. (in *Otto* thesaur. jur. Rom. IV. p. 1546.). — v. Savigny Gesch. u. s. w. Bd. VI. Cap. LIX. („Die Vorboten einer neuen Schule"). Ueber Polizian s. daselbst S. 375 — 385.

2) *Alberici Gentilis* de jur. interpret. Dialog. 2. (hinter der Leipz. Ausg. von *Guid. Panzirolus* de clar. l. l. interpr.) p. 582.

3) *Josephi Aurelii de Januario* Respublica JCtorum (ed. 2. Lips. 1733.) p. 233. 238 sqq.

4) Ueber die s. g. leges restitutae (besonders des Codex): (*Ant. Contii*) Praetermissorum in duodecim libris Codicis Justinianei Classes duae; bei den glossirten Ausg. des C. j. von Contius u. Anderen (z. B. in edit. Antverp. 1575.). — Glück Einleit. in das Studium des Röm. Privatr. (Erl. 1812.) S. 271 — 273. — Spangenberg Einleit. u. s. w. S. 56. 57. 171. Nun aber sind vor Allen folgende Schriften zu berücksichtigen: Biener Gesch. der Nov. Justinians S. 166. 175 — 179. 192 — 194. 202. 207 — 210. 216. 578 — 581. 584 — 603. K. Witte die leges restitutae des Justinianischen Codex. Breslau 1830. F. A. Biener und C. G. Heimbach Beiträge zur Revision des Justin. Codex. Berlin 1833. (auch in der Zeitschr. für geschichtl. R. W. Bd. VII. H. 2. S. 115 — 206. H. 3. S. 243 — 369. Bd. VIII. H. 1. S. 81 — 131.).

5) Opp. T. I — IV. Basil. 1582. fol.

6) Savigny Gesch. u. s. w. Bd. VI. S. 307.; und besonders über die s. g. clausula Socini Glück Commentar über die Pandekten Bd. VII. S. 86. 87.

7) Opp. I — VIII. Neap. 1763 — 69. 4.

7a) S. *Bart. Chesius* interpr. jur. Lib. I. c. 49., in der Jurisprud. Rom. et Att. T. II. p. 261.

8) Interpretationum juris Libri V. Lugd. 1751. 4.

9) *Cramer* dispunct. jur. civ. c. VII. p. 54 sqq. Ders. in der Zeitschrift für hist. R. W. II. S. 300 — 302. Haubold in Hugo's civ. Magaz. II. S. 292. *Schrader* in praef. edit. titulor. de cond. ob turp. caus. et de testib. praem. p. LII sqq. (Nr. III.). Ders. im Prodr. corp. jur. civ. p. 176. 177. Dirksen civilist. Abhandl. S. 324 fg.

10) Biener Gesch. d. Nov. S. 341 — 348. (Nr. 50.). — Vgl. Cramer in Hugo's civ. Mag. III. S. 35 fgg. (Note *).

11) Belege zu diesem Urtheil wird man auf jeder Seite der Haloandr. Ausg. finden. S. auch Albert und Moritz Kriegel in den praemonit. zu Fasc. II. (p. 1.) und zu Fasc. V. (p. 3.) der von ihnen veranstalteten Ausg. des corp. jur.

12) *Cl. Sinceri* vitae et scr. magnor. JCtor. T. I. (Wittenb. 1718. 8.) p. 163 sqq. *Zasii* opp. omn. T. I — VI. Frcf. 1590. fol.

13) Hugo Litt. Gesch. S. 222.

14) Savigny Gesch. des R. R. Bd. III. S. 42 fgg. (Nr. 7.).

15) *Otto* in praef. ad thes. jur. rom. T. III. p. 56. in f. sq.
16) *Cl. Sinceri* vitae etc. T. II. (Witt. 1721.) p. 107 sqq.
17) Hugo Litt. Gesch. S. 374. — Vgl. *Schrader* im Prodr. corp. jur. civ. §. 53. p. 261.
18) Hugo a. a. O. S. 223 fgg.
19) Biener Geschichte der Nov. S. 379—381. — Vgl. Bijdragen tot Rechtsgeleerdheit etc. T. 2. p. 588 fg. Nr. VIII. und dazu *den Text* p. 602 fgg.
20) Opp. Frcf. 1622. 8.
21) Cramer in der Zeitschr. für geschichtl. R. W. II. S. 302.
22) *Haubold* a. a. O. §. 52. Nr. CLXI. S. 126.
23) *Haubold* a. a. O. §. 50. Nr. CLVIII. S. 123.
24) *Haubold* a. a. O. Nr. CLXXIII. S. 134.
25) *Schultingii* orat. in obit. *Perizonii* (opusc. acad. T. II. Or. V. p. 155 sqq.).
26) Opp. T. I. II. Colon. Agr. 1732. fol.
27) Commentationes acad. Hal. 1770—1774. IV Tomi. 8. — *J. J. Vitriarii* or. in obit. A. Schultingii (in des Letzteren comment. acad. T. I. p. 299 sqq.).
28) *G. C. Gebaueri* narratio de Henr. Brenkmanno. Goett. 1764. 4.
29) Opp. cur. *Jungii* T. I—III. Hannov. 1746. 1747. 1758. 4., in deren drittem Theile *Westenbergii* D. Marcus (L. B. 1736. 4.) enthalten ist. — *J. C. Rücker* or. de vita et obitu Westenbergii (in dessen opusc. — L. B. 1749. 8. — p. 303 sqq.).
30) Opp. T. I. II. Colon. Allobrog. 1761. fol. — *Haubold* a. a. O. Nr. CLXXXIII. p. 143.
31) Opp. ed. *Jac. van Vaassen.* Roterod. 1766. fol. — Das Urtheil von Cujacius über Govcanus s. in den Noten zu Ulpians Fragm. Tit. VI. §. 6.
32) Biener Gesch. der Novellen S. 367—372.
33) *Haubold* a. a. O. No. LV. p. 42. — Opp. T. I—VIII. Lucc. 1765—1774.
34) Hugo §. 183—185.
35) Opp. Vit. 1603. fol.
36) Opp. T. I—III. Par. 1562. fol.
37) Cf. *Januarii* respubl. JCtorum p. m. 285.
38) Opp. Frcf. 1607. fol.
39) Opp. in Jurisprudentia Rom. et Att. T. I. — Vgl. *Haubold* a. a. O. §. 35. Nr. LVIII. S. 63.
40) Hugo S. 281 fgg. — Opp. Neap. 1725. fol.
41) *Haubold* a. a. O. §. 37. Nr. LXXI. S. 73.
42) Opp. T. I. III. cura *Jac. Lectii.* (Genev.) 1599. fol.
43) Hugo im civilist. Mag. III. Nr. XI. u. XXII. — Thémis, ou bibliothèque du JCte. Tom. I. Liv. IV. p. 297—328. Tom. IV. p. 193—207. — Histoire de Cujas par *Berriat-St. Prix* (in dessen hist. du droit Romain — à Par. 1821 — p. 373 sqq.). — E. Spangenberg Jacob Cujas und seine Zeitgenossen. (Leipz. 1822. 8.). — Cramer im civ. Mag. Bd. VI. S. 8 fgg. — Opp. T. I—X. Par. 1658. fol. T. I—XI. Neap. 1722—1727. fol. — Ueber Dominici

Albanensis promtuarium zu den Werken von Cujacius s. Hugo's civ. Mag. Bd. VI. S. 189 fgg. und Thibaut im Archiv für civilist. Pr. Bd. XIII. S. 193 fgg.

44) Opp. T. I—XII. Lucc. 1762—1770. fol. — *Januarius* a. a. O. p. 284 sqq. — *Haubold* Nr. LXVIII. S. 71 fg.

45) Opp. minora. Lugd. Bat. 1747. — Hugo S. 265 fgg.

46) Hugo S. 311 fgg.

47) *Januarius* a. a. O. p. 96. 97.

48) Opp. Traj. ad Rhen. 1741. fol.

49) Hugo Gesch. d. Röm. Rechts seit Justin. S. 315.

50) Hugo a. a. O. S. 316.

51) Opp. T. I. II. Neap. 1720. 4.

52) *Haubold* a. a. O. §. 46. Nr. CXXXIII. S. 107. — Opp. minora. Lugd. Bat. 1733. fol.

53) Amoenitates juris civilis, cum praef. *J. Gu. Hoffmanni*. Frcf. et Lips. 1738. 8.

§. 21.

Sieg der Realisten, besonders in Deutschland, und Erneuerung des kritisch-historischen Rechtsstudiums daselbst.

In Deutschland war indessen seit langer Zeit schon wieder eine andere Behandlungsart der Rechtswissenschaft die vorherrschende geworden [1]). Man könnte sie nennen die practisch-methodistische, d. h. die gewöhnlichsten und beliebtesten Schriften waren diejenigen, welche entweder die Anwendung des überlieferten Rechtsstoffs, oder dessen compendiarische Verarbeitung zum Gegenstande ihrer Bemühungen machten. Doch auch in anderen Ländern wurde die historisch-kritische Behandlung der Rechtsquellen von der vorzugsweise so genannten practischen Methode verdrängt [1a]). Nur bei den Niederländern hatte fortwährend die s. g. elegante Jurisprudenz das Uebergewicht; namhafte Männer aus der neueren Zeit sind: Joh. van de Water, Balth. Branchu [2]), Abr. Wielingius, von Geburt übrigens ein Deutscher († **1746**), Jac. Voorda († **1767**), Wilh. Otto Reitz († **1769**) [3]), Ger. Meerman († **1771**), welcher durch den berühmten Rechtsgelehrten Spaniens, Greg. Majansius († **1781**) [4]), seltener gewordene Schriften Spanischer Juristen für seinen Thesaurus erhielt; Joh Conr. Rücker, Herm. Can-

negieter, u. A., deren Namen bei der Literatur einzelner Materien vorkommen werden. Ganz verschwand aber auch in Deutschland die gründliche und quellenmäßige Behandlungsweise der Rechtswissenschaft nie, und einzelne Männer, die noch im achtzehnten Jahrhundert lebten (wie z. B. J. G. Heineccius), können sich in dieser Beziehung den Ersten zur Seite stellen; ja in der neuesten Zeit wurde Deutschland, was Frankreich im **16.** Jahrh. gewesen war, der Mittelpunct einer Juristen-Schule, deren Bestrebungen hauptsächlich auf Wiederherstellung und Kritik der Quellen, so wie auf geschichtliche Begründung der Rechtslehren gerichtet sind. Die meisten der jetzt folgenden Namen gehören dieser Richtung freilich nicht an: Ben. Carpzov (+ **1666**), Dav. Mevius (+ **1670**)[5]), Joh. Brunnemann (+ **1672**), Wolfg. A. Lauterbach (+ **1678**), G. Ad. Struve (+ **1692**), Joh. Schilter (+ **1705**), Joh. Nicol. Hert (+ **1710**)[6]), Sam. Stryk (+ **1710**)[7]), Bern. Heinr. Reinold (+ **1726**)[8]), Christ. Thomasius (+ **1728**)[9]), Nic. Hieron. Gundling (+ **1729**), Joh. Heinr. v. Berger (+ **1732**), Christ. Gottfr. Hoffmann (+ **1735**), Joh. Salom. Brunnquell (+ **1735**), Joh. Gottl. Heineccius (Heinecke, + **1741**)[10]), Joh. Balthasar v. Wernher (+ **1742**)[11]), Joh. Peter v. Ludwig (+ **1743**), Joh. Friedr. Homberg zu Bach (+ **1748**), Franz Carl Conradi (+ **1748**)[12]), Just. Henn. Böhmer (+ **1749**)[13]), Chr. Heinr. Eckard (+ **1751**), Augustin v. Leyser (+ **1752**)[14]), Sam. v. Cocceji (+ **1755**), Joh. Aug. Bach (+ **1758**)[15]), Alb. Dietr. Trekell (+ **1764**), Ge. Christ. Gebauer (+ **1773**)[16]), Ge. Chph. Hamberger (+ **1773**), Joh Dan. Ritter (+ **1775**)[17]), Carl Ferd. Hommel (+ **1781**)[18]), Chr. Fr. Ge. Meister (+ **1782**), Ernst Mart. Chladenius (+ **1782**), Joh. Aug. Hellfeld (+ **1782**), Joh. Lud. Conradi (+ **1785**)[19]), Fr. Es. v. Pufendorf (+ **1785**)[20]), Dan. Nettelbladt (+ **1791**)[21]), Chr. Gottl. Richter (+ **1791**)[22]), E. C. Westphal (+ **1792**), Carl Christ. Hofacker (+ **1793**)[23]), Joh. Lud. Ernst Püttmann (+ **1796**), Joh. Gottfr. Sammet (+ **1796**), Ge.

Lud. Böhmer, Just. Hennings Sohn († 1797), Lud. Jul. Fr. Höpfner († 1797)[24]), Carl Fr. Walch († 1799), G. Aug. Spangenberg († 1806), Ph. Fr. Weis († 1808)[25]), Joh. Chph. Koch († 1808)[26]), Gottl. Hufeland († 1817), Joh. Ant. Lud. Seidensticker († 1817), Adolph Dietr. Weber († 1817), dessen Schriften sich durch Scharfblick, so wie durch eine vorurtheilsfreie und klare Behandlung des Gegenstandes auszeichnen, Aug. Corn. Stockmann († 1821)[27]), Chr. Gottl. Haubold († 1824)[28]), welcher mit einer lichtvollen Darstellungsgabe gründliche humanistische und historische Bildung verband, Carl Fr. Christ. Wenck († 1828)[29]), Alb. Schweppe († 1829), Chr. Friedr. Glück († 1830)[30]), E. Spangenberg († 1831).

1) Vgl. übrigens *Jo. Fr. Jugler* D. de insignib. Germanor. in Jurisprudent. elegantior. meritis (vor *B. H. Reinold* opusc. herausgeg. von Jugler).

1a) Von Italiänern würden, wenn die hier gegebene literärhistorische Uebersicht durchaus mit Zeitperioden zusammenhinge, die im vor. §. zuletzt Genannten hierher gehören. Die Franzosen nennen Rob. Jos. Pothier († 1772), der wenigstens seinen Cujacius sehr fleißig studirt hatte, als den Stammhalter der eleganten Jurisprudenz im 18ten Jahrhundert.

2) *Haubold* a. a. O. §. 67. Nr. CCXLIX. S. 199.

3) *Haubold* a. a. O. §. 68. Nr. CCLVIII. S. 205. — Hugo a. a. O. S. 470 fg.

4) Hugo S. 445 fg. *Majansii* Disput. jur. T. I. II. Lugd. Bat. 1752. 4. Dessen commentarii ad XXX JCtor fragmenta. T. I. II. Genev. 1764. 4.

5) *Dav. Mevii* decisiones. Oefter und zuletzt von L. Jul. Fr. Höpfner herausgeg. T. I. II. Frcf. ad M. 1791—1794. 4.

6) *Hertii* commentationes atque opuscula ed. *Jo. Jac. Hombergk.* Vol. I. II. Frcf. ad M. 1737. 4.

7) Opp. praestantiora. Vol. I—IV. Hal. 1746. 1747. fol.

8) Opusc. Lugd. Bat. 1755. 8.

9) Von seinen zahlreichen Schriften ist hier nur anzuführen: Naevorum jurisprudentiae Romanae antejustinianae libri 2. (Hal. 1695. 4.).

10) Opp. T. I—VIII. Genev. 1744—1749. 4.

11) Selectae observationes forenses. T. I. II. (edit. noviss.) Jenae 1756. fol. T. III. Jen. 1749. fol.

12) *Haubold* a. a O. §. 65. Nr. CCXIV. S. 168. — Scripta minora ed. *Lud. Pernice.* Vol. I. Hal. 1823. 8.

13) *J. H. Böhmeri* exercitationes ad Pand. cura *Ge. Lud. Böhmeri.* T. I—VI. Hannov. et Goett. 1745—1764. 4.

14) *Augustin. a Leyser* Meditationes ad Pand. (öfter und) cum *Gottl.*

Aug. Jenichenii indicibus. Vol. I—XI. Lips. et Guelph. 1741—1762. 4. Vol. XII. P. I. et II. ed. *Höpfner*. Giefs. 1774. 1776.

15) *Haubold* a. a. O. §. 65. Nr. CCXXX. S. 183. — *E. F. Vogel* de J. A. Ernestii meritis in jurisprudent. (Lips. 1819. 8.) Exc. VIII. p. 47 sqq.

16) Exercitationes academicae. Vol. I. II. Erf. 1776. 1777. 4.

17) *Haubold* a. a. O. §. 64. Nr. CXIX. S. 172.

18) *Haubold* Nr. CCLXXVIII. S. 181.

19) Opusc. Vol. I. II. Brem. 1777. 1778. 8.

20) Observationes juris universi. T. I—IV. (edit. noviss.) Hannov. 1780—1784. 4.

21) Hugo civiliſt. Magaz. Bd. II. Nr. I.

22) *E. F. Vogel* a. a. O. Exc. IX. p. 51 sqq.

23) (J. F. Abel) üb. Hofacker's Leben u. Character. Tüb. 1793. 8.

24) Theoret.-practiſcher Commentar üb. die Heineccifchen Inſtitutionen, herausg. u. m. Zuſätzen vermehrt von Ad. Dietr. Weber. Frkf. a. M. 1818. 4. 8. A. — H. B. Wenck Höpfner's Leben u. Character. Frankf. 1797. 8. — Hugo im civ. Magaz. III. Nr. V. S. 74 fgg.

25) Savigny Zeitſchr. für geſch. R. W. II. S. 102. — Derſelbe in der Vorr. zu dem Buche: Das Recht des Beſitzes (4. u. 5. Ausg.).

26) Hugo civiliſt. Magaz. Bd. VI. Nr. V. S. 87 fgg.

27) *Vogel* a. a. O. Exc. X. p. 56 sqq.

28) Opuscula academica ed. et praefatus est *C. F. C. Wenck* eoque defuncto *F. C. G. Stieber*. Vol. I. II. Lips. 1825. 1829. 8.

29) Opuscula academica ed. *F. C. G. Stieber*. Lips. 1834. 8.

30) S. Schunck's Jahrb. der juriſt. Literatur Bd. XVI. S. 93 fgg.

§. 22.

Allgemeine civiliſtiſche Bücherkunde.*)

Mit Uebergehung der zur Pandekten-Literatur überall nicht gehörigen, oder der lediglich beſondere Lehren betreffenden Schriften, ſollen nunmehr die üblichen Literatur-Notizen nach folgenden vier Abſchnitten gegeben werden: **1**) Ausgaben der Juſtinianiſchen Rechtsbücher; **2**) Interpretationen des Textes; **3**) Syſteme; **4**) Werke, worin Abhandlungen Mehrerer ſich finden. — Die Auswahl der Schriften wird theils durch den wirklichen Werth der Schriften, theils durch das Anſehen, welches ſie erlangt haben, beſtimmt werden; auch darf die neueſte Literatur unſeres Fachs nicht übergangen werden.

*) *Martini Lipenii* bibliotheca realis juridica, post *Fr. Gottl. Struvii* et *Gottlob Aug. Jenichenii* curas — multis accessionibus aucta. T. I. II. Lips. 1757. fol. Accesserunt supplementa 1) *Fr. Aug. Schotti*. ib. 1775. f. 2) *Ren. Car. de Senckenberg*. ib. 1789. f.

8) *Lud. God. Madihn.* Vratislav. (1816 sqq.) fol. — *Burc. Gotth. Struvii* bibliotheca jur. selecta, ed. VIII. cura *Christ. Gottl. Buderi.* Jen. 1756. 8. — E. Chr. Westphal Systemat. Anleitung z. Kenntniß d. besten Bücher in der Rechtsgelahrtheit. 3. Ausg. Leipz. 1791. 8. — *Christ. Gottlieb Haubold* institutionum juris Romani privati historico-dogmaticarum lineamenta, observationibus maxime litterariis distincta. Lips. 1814. 8. Von diesem Buche erschien „novae editionis prodromus" zu Leipz. 1821. 8., die zweite Ausg. selbst besorgte C. E. Otto, Leipz. 1826. 8. — *Ejusdem* Doctrinae Pandectarum lineamenta cum locis classicis juris in primis Justinianei et selecta litteratura maxime forensi. Lips. 1820. 8. et 4. (Vgl. auch unten §. 24. Note *.)

§. 23.

A) Quellen-Ausgaben.

Die Eintheilung der Ausgaben in vulgatae und non vulgatae ist wegen der Unbestimmtheit dieser Begriffe (s. Note 2.) hier nicht zu Grunde zu legen. Angemessener wäre wohl die Ordnung nach gewissen Familien[1]); da indessen auch hierüber die Untersuchungen noch keineswegs abgeschlossen sind, und in jedem Falle diese Art der Anordnung eine größere Ausführlichkeit zur Folge haben würde, als unser Zweck sie erfordert, so beschränken wir uns auf die Angabe der Editionen, die auch von dem Anfänger gekannt seyn müssen.

I. Ausgaben einzelner Theile des Justinianischen Rechts.

A) Institutionen: *Institutiones cum glossa.* Mogunt. **1468.** fol. (ed. princeps). — Par. **1503.** c. praef. *Chappuisii.* — *Norimb. per Gregor. Haloandrum.* **1529. 8.** — ed. *Fr. Aug. Biener* (indic. edition. adjec.). Berol. **1812. 8.** — ed. *Car. Bucher.* Erl. **1826. 8.** — ed. *Böcking* (s. oben §. **7.** Note **11.**). — ed. *Ed. Schrader.* Ber. **1832. 4.** (Auch unter dem Titel: *Corpus juris civilis.* Ad fidem codicum manuscriptorum aliorumq. subsidior. criticor. recensuit, comment. perpet. instruxit *Ed. Schrader*, JCtus. In operis societatem accesserunt *Th. Luc. Fr. Tafel*, Philologus, *Gualth. Fr. Clossius*, JCtus. Post hujus discessum *Chr. Joh. C. Maier*, JCtus. Tom. I. Instit. Lib. IV. — B) Pandekten[2]): ed. princeps (?) a) Dig. vet. Perug. **1476.** fol. — b) infort. s. l. et a. (ante a. **1470.** *Spangenberg* p. **429.** not. **25.**). Dig. nov. Rom. **1476.** fol. — *Norimb. per Greg. Haloandrum.*

1529. 4. — *ad archetypum Florentinum recogn. per Lael. Taurellum, edente ejus filio Francisco.* **1553.** f. (ſ. auch unten den Index der Geſammt-Ausgaben). — C) Vom Codex: ed. princeps: Mogunt. **1475.** fol. (enthaltend die **9** erſten Bücher); Rom. **1476.** fol. (die **3** letzten Bücher mit dem ganzen Volumen). — *Norimb. per Greg. Haloandr.* **1530.** fol. — *auct. L. Russardo.* Lugd. **1561.** fol. — *Anton. Contio auctore* (zugleich) mit den Praetermissa; ſ. oben §. **20.** Note **4.**). Par. **1566.** fol. (ſ. das Verzeichniß der Geſammt-Ausgaben). — D) Novellarum [3]): ed. princ. Rom. **1476.** fol. (in Vol.). — edit. *Haloandri.* Norimb. **1531.** fol. Basil. ex offic. Hervagiana **1541.** f. — ed. *Scrimgeri.* Genev. **1558.** f. — ed. *Contii.* Par. **1559.** f. — ed. *Russardi.* Antv. **1560.** fol. — (ſ. das Verzeichniß der Geſammt-Ausgaben).

II. Ausgaben des Juſtinianiſchen Rechts im Ganzen: **1.** *Venet. ap. Rubaeos.* **1476—1478.** fol. cum glossa. [a) Dig. vet. b) infort. c) nov. d) Cod. libri IX. e) volumen. f) Institutiones.] — **2.** *Venet. ap. Andr. Papiens.* et *Andr. Calabrensem.* **1481—1490.** f. c. gl. — **3.** *Nuremb. per Ant. Koberger.* **1482—1504.** f. c. gl. — **4.** *Venet. per Baptistam de Tortis.* **1484—1488.** fol. c. gl. u. öfter. — **5.** *Paris. sumptib. Joan. Bonhomme* aliorumque. **1508—1511.** 4. c. gl. — **6.** *Lugd. per Francisc. Fradin.* **1510—1514.** f. c. gl. u. öfter. — **7.** *Par. per Berthold. Rembolt.* **1515—1516.** f. c. gl. u. öfter. — **8.** *Norimb. per Greg. Haloandrum.* **1529—1531.** (ſ. oben das Ausgaben-Verzeichniß von einzelnen Theilen). — **9.** *Lugd. ap. Hugon. a Porta.* **1538—1540.** f. c. gl. u. öfter. — **10.** *Paris. ap. Car. Guillard.* **1548—1550.** 4. c. gl. (beſorgt von Ludw. Miräus, auch corpus Augustini genannt, weil bei den Pandekten die opinion. et emendat. von Auguſtin ſo vielfach benutzt ſind). — **11.** *Lugd. ap. Sennetonios fratres.* **1549—1550.** f. c. gl. — **12.** auct. *L. Russardo.* Lugd. **1560—1561.** f. auch Antverp. **8.** — **13.** auct. *A. Contio.* Lugd. **1571** [4]). — **14.** *Antverp. ap. Christopher. Plantin.* **1775.** f. (V Vol.) c. gl. — **15.** ex edit. *L. Charondae.* ib. **1775.**

f. — 16. *Genevae stud. Jul. Pacii.* 1580. fol. u. 8. — 17. stud. *Petri ab Area Baudoza Cestii.* Lugd. 1593. 4. (Universi juris civilis in quatuor tomos distributi corpus.) c. gl. — 18. *Dion. Gothofredi* editiones a) non glossatae, die erſte erſchien Lugd. 1583. 4. (*Corpus juris civilis*, in IV partes distinctum.) Von der großen Anzahl Gothofrediſcher Ausgaben ſind auszuzeichnen: α) cura *Sim. van Leeuwen.* Amst. 1663. f. β) Frcf. 1663. 4. γ) Lips. 1720. 4. δ) Lips. 1740. 4. — b) glossatae. Lugd. 1589. VI Vol. f. u. öfter, zuletzt: stud. *Jo. Fehii.* Lugd. 1627, welches überhaupt die letzte gloſſirte Ausgabe iſt. — 19. *Amstel. ap. Elzevir.* 1664. 8. daſ. 1700. 8. — 20. rec. *Ge. Christian. Gebauer* u. nach deſſen Tode *Ge. Aug. Spangenberg.* Gott. 1776. 1797. Tom. I. II. 4. — 21. rec. *J. L. G. Beck.* T. I. P. I. II. Lips. 1825. 1826. T. II. Lips. 1831. 8. (Die bis jetzt erſchienenen Theile umfaſſen die Inſtitutionen, Digeſten und den Codex. Ein ſtereotypirter Abdruck erſcheint ſeit 1829.) — 22. Corp. jur. civ. Recogn. brevibusq. adn. crit. instr. edider. *C. J. Albertus* et *C. Mauritius* fratres *Kriegelii.* Ed. stereotypa. P. I. Lips. 1833. gr. 8. (bis jetzt: Inſtit. und Pand.).

III. Reconcinnirte Ausgaben[5]): 1. *Rob. Jos. Pothier* Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae, cum legib. Cod. et Novellis, quae jus Pandectarum confirmant, explicant aut abrogant. T. I—III. Paris. 1748. f. *ed.* 2. Lugd. 1782. f. — 2. *Car. Ferd. Hommel* palingenesia librorum juris veterum sive Pandectarum loca integra ad modum indicis *Labitti* et *Wielingi* oculis exposita. T. I—III. Lips. 1767. 1768. 8. — 3. *Euseb. Begeri* corpus juris civilis reconcinnatum. P. I. II. III. Lips. et Frcf. 1767. 1768. 4.

IV. Ueberſetzungen: Das Corpus juris civilis, ins Deutſche überſetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter und herausgeg. von K. E. Otto, B. Schilling und K. F. Sintenis. Bd. I—VII. Leipz. 1830—1834. 8. — Eine franzöſiſche Ueberſetzung der Digeſten von *Hulot* und *Barthelot* erſchien zu Paris in 6 Bänden 1803. 1804. 4.

*) *Henr. Brenkmanni* historia Pandectarum. Libr. III. cap. IV. — *Eckhardi* herm. jur. §. 87. — Thibaut civiliſt. Verſuche I, 14. (über und wider die gewöhnlichen Begriffe in Anſehung der verſchiedenen Ausgaben der Pandekten u. Novellen). — Schrader Abhandlungen aus d. Civilrecht I, 6. (über eine neue Handausgabe des Juſtinianeiſchen Geſetzbuchs). — Derſ. über Berichtigung d. Textes der zum corp. juris civilis gehörigen Rechtsbücher (in Hugo's civiliſt. Mag. IV, 14. S. 439—461.). — Glück Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts S. 309—331. — Schrader Abhandl. aus dem Civilrecht II, 7. (Alte Drucke der Theile des corp. juris civilis, ihrer Verwandtſchaft und innerem Werthe nach betrachtet.) — Spangenberg Einleit. in das Röm. Juſtin. Rechtsbuch S. 645—950. — Prodromus corporis jur. civilis a *Schradero*, *Clossio*, *Tafelio* edendi. Berol. 1823. 8. *J. L. G. Beck* indic. Cod. et edition. jur. Justinianei prodromus. Lips. 1823. 8.

1) S. die in der voraufgehenden Note angeführten Schriften von Schrader, beſonders den Prodromus, §. 27—39. (p. 173—226.); auch die Vorr. zu deſſen Ausg. der Pandekten-Titel de cond. ob turpem caus. u. de test. (Tub. 1819.) p. XLVIII—LVIII.; ferner die Vorr. von Cramer zu deſſen Ausg. d. Tit. de V. S. p. XLVII—LI.

2) Ueber die Eintheilung der Pandekten-Ausgaben in Florentinae, Haloandrinae (oder Noricae) und vulgatae, oder auch in vulgatae, Florentinae und mixtae, ſ. Thibaut a. a. O. (Vorr. 1.) S. 265—279.

3) Thibaut a. a. O. S. 311—323. — Biener Geſch. der Nov. S. 317—401.

4) Vgl. *Cramer* in praef. ad Tit. Dig. de Verb. signif. p. L. nr. c.

5) *Abr. Wieling* Jurisprudentia restituta sive index chronologicus in totum jur. Justinianei corpus. Amstel. 1727. 8. — *Car. Frid. Christ. Wenck* indicum corp. jur. civ. supplementum (quo ea Cod. Justinianei loca, quibus impp. Romam antecessorum constitutiones nominatim commemorant, indicantur). Lips. 1811. 8. und in den opuscul. p. 184—219.

§. 24.

B) Interpretation des Textes.*)

Von den das geſammte Corpus juris umfaſſenden Interpretationen kann man außer der Accurſiſchen Gloſſe allenfalls noch die ſchlechte Compilation von Dionyſius Gothofredus nennen. Ferner iſt hier auf die Interpretationen aufmerkſam zu machen, welche zwar in abgeſonderten Theilen erſchienen (zum Theil auch auf ſämmtliche Stellen einzelner Juriſten gerichtet) ſind, dennoch aber als das Ganze umfaſſende Auslegungen betrachtet werden dürfen. Die Periode der Scholaſtiker erzeugte ſehr zahlreiche Commentare dieſer Art, unter denen die von Odofredus, Bartolus, Baldus und Jaſon Maynus beſonders geſchätzt werden. Aus der ſpäteren Zeit

sind hier nur die Textes-Interpretationen von Cujacius zu nennen, die freilich bei aller Vortrefflichkeit sehr ungleich an Werth sind. Auch verdient das kleine Buch von Hugo Grotius (florum sparsio ad jus Justinianeum, cum praef. *Ge. Christ. Gebaueri.* Hal. **1729.** 8.) alle Aufmerksamkeit. — Von Interpretationen einzelner Theile sind folgende zu bemerken:

I. Institutionen-Commentare: (s. Schrader im Prodromus §. **41—55.** S. **227—272.**). Außer der Paraphrase des Theophilus (s. oben §. **13.** Note **3.**) sind die bedeutenderen Commentare: **1.** von *Franc. Balduinus*, Par. **1554.** f. — **2.** *Eguin. Baro*, Pictav. **1555. 4.** — **3.** *Franc. Hotomanus* (opp. T. II. p. **1—960.**). — **4.** *Jac. Cujacius*, Colon. Agr. **1556.** und opp. T. I. — **5.** *Jannus a Costa* cur. *Jo. van de Water* (ed. altera), Lugd. Bat. **1744. 4.** — **6.** *Reinh. Bachov. Echtii*, Frcf. ad M. **1643. 4.** u. öfter, welchen meistens fast buchstäblich benutzte: **7.** *Arn. Vinnius*, c. not. *Jo. Gottl. Heineccii*, Lugd. Bat. **1726. 4.** u. öfter. — **8.** *J. H. Böhmer* in den Noten zu seiner Ausg. (Hal. **1728. 4.**). — **9.** *Ev. Otto* cura *Jo. Rud. Iselii*, Basil. **1760. 4.** u. öfter. — **10.** *Ed. Schrader* in den Noten zu seiner Ausg.

II. Pandekten-Commentare**): **1.** *Odofredi* commentar. in Dig. tria. Venet. **1480.** f. — **2.** *Alciati* opp. T. I. et II. — **3.** *Fr. Duareni* opp. p. m. **1—1026.** — **4.** *Cujacii* paratitla in libros L Digestor. — *Ej.* commentar. in nonnull. Dig. titulos (de pactis, de transactionibus, de V. O. etc.). *Ejusd.* comment. ad Africanum, ad Salvianum, Papinianum, Paulum etc. — **5.** *Donelli* comment. ad nonnullos Dig. titt. (Frcf. **1599.** fol.). — **6.** *Ant. Fabri* rationalia in Pandectas (a Lib I—XIX.) T. I—V. Lugd. **1659—1663.** f. u. a. — **7.** *Guil. Marani* Paratitla ad Dig. (ed. *Trotz.* Traj. ad Rh. **1747.** f.). — **8.** *J. Gothofredi* comment. in tit. Pandect. de div. reg. jur. (in opp. min. ed. *Trotz* p. **705** sqq.). — Obgleich der Form nach dogmatisch, können hier doch auch noch folgende Schriften genannt werden: *Ger. Noodt* comment. in Libros XXVII Digestor. (opp. T. II.), und *A.*

Schulting enarratio partis primae Dig. comment. acad. T. III.).

III. Commentare über den Codex: 1. *Azonis* Lectura s. commentarius ad singulas leges XII libror. Cod. Par. 1577. f. u. öfter. — 2. *Odofredi* Lectura sup. XII libr. Cod. Lugd. 1550. f. — 3. *Barth. de Saliceto* comment. in Cod. Lugd. 1560. f. — 4. *Cujacii* paratitla in libros IX et commentar. in libros III posteriores Cod. (opp.). — 5. *Hugon. Donelli* commentar. ad II. III. IV. VI. et VIII. libr. Cod. Justinianei (et lib. Dig. XLV. de V.O.). Frcf. 1599. f. — 6. *Hub. Giphanii* explanat. difficilior. et celebrior. legg. Cod. Justin. Colon. 1614. 4. — 7. *Jo. Jac. Wissenbachii* in VII libr. Cod. comment. cathedrariae. Franeq. 1701. 4. u. a. — 8. *Perezii* Praelection. in XII libr. Cod. Col. Agr. 1661. 4. u. öfter. — 9. *Cypr. Regn. ab Oosterga* comment. in omnes et singulas leges, quae continentur in XII Libr. Cod. Traj. ad Rhen. 1666. 4. — 10. *Jo. Brunnemanni* comment. in XII libr. Cod. Justin. Lips. 1679. u. öfter. — Vgl. hier auch oben §. 9. Note 1. u. §. 10. Note 12.

*) *Car. Ferd. Hommel* corpus juris civ. cum not. Variorum. Lips. 1768. 8. (über Institutionen u. Pandekten).

**) *Ant. Schulting* notae ad Dig. s. Pandectas, ed. atque animadvers. adjec. *Nicolaus Smallenburg*. T. I — VII. Lugd. Bat. 1804 — 1832. — Spangenberg a. a. O. S. 266 — 400.

§. 25.

C) Syſteme.

I. Nach der Titel-Folge der Pandekten: 1. *Matth. Wesembecii* paratitla in Pandectas juris civilis. Lugd. Bat. 1649. u. öfter. — 2. *Ulr. Huberi* praelection. juris civilis. T. II. et III. (T. I. enthält die praelect. ad Inst.) Access. *Christ. Thomasii* additiones (ed. IV.). Frcf. et Lips. 1749. 4. — 3. *Wolfg. Adami Lauterbachii* collegium theoretico-practicum. P. I — III. Tub. 1697 — 1711. 4. u. öfter. — 4. *Jo. Voet* commentarius ad Pandectas T. I. II. Col. Allobr. 1769. f. u. öfter. — 5. *Jo.*

Schilteri praxis juris Romani in foro Germ. T. I—III. Frcf. et Lips. 1713 — 1733. f. — 6. *Sam. Strykii* usus modernus Pandectarum (in opp. praestantior. T. I. et II. Hal. 1746. f.). — 7. *Justi Henn. Boehmeri* introductio in jus Digestor. Hal. 1704. 8. u. öfter. — 8. *Jo. Ortw. Westenbergii* principia secundum ordinem Digestorum. Harderov. 1712. 8. und in opp. — Noviss. Berol. 1814. T. I. II. 8. — 9. *Jo. Aug. Hellfeld* jurisprudentia forensis secundum Pandectarum ordinem proposita. Jen. 1764. 8. u. öfter. — 10. Chriſt. Friedr. Glück Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld Bd. I—XXXIV. Erl. 1790 — 1830. Von Bd. I—III. erſchien eine neue Aufl. daſ. 1797 — 1806. Auch ſind zu dem Werke drei Bände Sach- und Geſetzregiſter erſchienen (Erl. 1822 — 1832). Fortgeſetzt iſt der Commentar von C. F. Mühlenbruch (bis jetzt) Bd. XXXV—XXXVII., Erl. 1832. 1833. — 11. *Jul. Frid. Malblanc* princip. juris Rom. secundum ordinem Digestor. Partes I—III. Tubing. 1801. 1802. 8.

II. Selbſtgewählte Ordnung: 1. *Franc. Connani* commentariorum juris civ. libri X. T. I. II. Par. 1553. fol. noviss. Neap. 1724. f. — 2. *Hug. Donelli* commentarior. juris civilis libri XXVIII. Hanov. 1612. f. noviss. cura *J. C. Koenig*. T. I—IV. Norimb. 1801—1808. 8. enthaltend, *C. Bucher* T. V—XV. ebendaſ. 1822 —1833. (Auszüge dieſes trefflichen Buchs veranſtalteten: a) *Oswald Hilliger:* Donellus enucleatus. Jen. 1617. 4. b) *Arn. Vinnius:* jurisprudentiae contractae, seu partitionum juris civilis libri IV. Roterod. 1623.) — 3. *Nic. Vigelii* methodus universi juris civilis. Frcf. 1628. f. u. öfter. — 4. *Herm. Vulteji* jurisprudentiae Romanae a Justiniano compositae lib. II. Hanov. 1652. 8. u. öfter. — 5. *Georgii Adami Struvii* jurisprud. Romano-Germanica forensis. ed. XVIII. noviss. cura *Jo. Gottl. Heineccii.* Bamb. et Herbip. 1767. 8. — 6. *Car. Christph. Hofacker* principia juris civilis Romano-Germanici. T. I—III. (T. II. et III. cura *Christ. Gmelin.*) Tub. 1788—1798. 8. — 7. Guſt. Hugo Inſtitutionen

d. heutigen Römischen Rechts. Berl. 1789. 8. VII. Aufl. das. 1826. 8. — 8. Ant. Friedr. Just. Thibaut System des Pandectenrechts. Bd. I. II. Jena 1803. VIII.. Aufl. das. 1834. (Zu der VII. Auflage: Erörterungen über die bestrittensten Materien des R. R. herausgeg. von J. R. Braun. Stuttg. 1831.). — 9. *Christ. Aug. Güntheri* principia juris Romani privati noviss. T. I. II. Jen. 1805 — 1809. 8. (Dazu Christ. Friedr. Glück Handbuch zum systematischen Studium des neuesten Römischen Privatrechts nach den Grundsätzen des — Günther, Th. I., welcher die Einleitung u. Litteratur des Justinianeischen Rechts enthält. Auch unter dem Titel: Einleitung in das Studium des Römischen Privatrechts. Erl. 1812.) — 10. Arn. Heise Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts. III. Aufl. Heidelb. 1818. 8. — 11. Gottl. Hufeland Lehrbuch des in den deutschen Ländern geltenden Civilrechts. Bd. I. II. Gießen 1808 — 1814. — 12. K. F. F. Bucher System der Pandecten. Halle 1811. 8. und Erl. 1822. — 13. *J. C. F. Meister* jus Romanum privatum idque purum. Vol. I. Züllichav. 1813. 8. — 14. F. Mackeldey Lehrbuch des heutigen Röm. Rechts. X. Aufl. Gießen 1833. (Die erste — 1814 —, so wie die nächstfolgenden Auflagen erschienen als Institutionen des R. R.) — 15. Alb. Schweppe das R. R. in seiner Anwendung auf deutsche Gerichte. Altona 1814. 8. III. Aufl. 1822. 8. IV. Aufl. von W. Mejer. Gött. 1828 — 1833. — 16. J. N. v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gem. Civ. R. nach Heise's Grundriß. Bd. I — III. München 1822 — 1825. IV. Aufl. 1832. (Dazu J. A. Fritz Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen zu Wenings Lehrb. 1. 2. Heft. Freib. 1833. 1834.) — 17. *L. A. Warnkoenig* commentarii juris Romani priv. T. I — III. Leod. 1825 — 1829. — 18. J. A. Seuffert Lehrb. d. pract. Pandektenrechts. Bd. I — III. Würzb. 1825. — 19. C. J. M. Valett ausführl. Lehrb. des pract. Pandektenrechts. Bd. I — III. Leipzig 1828 — 1829. — 20. E. Gans System des Röm. Civilr. im Grundr. Berl. 1825. 8 — 21. F. Blume Grundriß des Pandektenrechts. Hall. 1829. 8. — 22. *A. Haimberger* jus Romanum priva-

tum idque purum. Leop. 1829. 1830. — 23. (Göschen) Grundriß zu Pandecten-Vorlesungen, mit beigefügten Citaten und Erörterungen. Gött. 1831. 8. — 24. A. K. H. v. Hartitzsch das Röm. Privatr. in ausführl. tabellar. Darstellung. Leipz. 1831. 8. — 25. G. F. Puchta System des gem. Civilrechts. München 1832. 8.

§. 26.

D) Werke, welche Abhandlungen verschiedener Verfasser enthalten.

1. Tractatus universi juris duce et auspice Gregorio XIII. pontifice in unum congesti, (cura *Franc. Ziletti*,) T. I—XXIII., qui continentur XXVIII Voluminibus. Venet. 1584. f. (Gewöhnlich: tractatus tractatuum genannt). — 2. *Ever. Ottonis* thesaurus juris Romani. T. I—V. (ed. II.) Traj. ad Rhen. 1733—1735. f. — 3. Jurisprudentia Romana et Attica c. praefat. *Jo. Gottl. Heineccii.* T. I—III. Lugd. Bat. 1738—1741. f. — 4. *Ger. Meermani* novus thesaurus juris civ. et canonici. T. I—VII. Hag. Comit. 1751—1753. f. Supplementum novi thesauri juris civ. et can. — — post patris obitum, *Jo. L. B. de Meerman.* ib. 1780. f. — 5. *Dan. Fellenberg* jurisprudentia antiqua. T. I. II. Bern. 1760. 1761. 4. — 6. *Ger. Oelrichs* thesaurus dissertationum juridicarum selectissimarum in academiis Belgicis habitarum. Vol. I. T. I—III. Vol. II. T. I—III. Lips. 1769. 1770. 4. — *Ejusd.* thesaurus novus dissertationum juridicarum etc. Vol. I. T. I. II. Vol. II. T. I. II. Vol. III. T. I. II. Brem. 1771—1782. 4. — 7. Gust. Hugo civilistisches Magazin. Bd. I—VI. Berl. 1791—1832. — 8. Carl Grolman Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts. Bd. I—IV. Gießen 1800—1825. 8. (Vom dritten Bande führt es den Titel: Neues Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, herausgegeben von Carl v. Grolman und Egid. v. Löhr.) — 9. Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, herausgeg. von F. C. v.

Savigny, C. F. Eichhorn u. J. F. L. Göschen (statt des Letzteren seit Bd. VIII. H. 2. Klenze). Bd. I—VIII. (1. 2. Heft). Berl. 1815—1833. 8. — 10. Archiv für die civilistische Praxis, herausgegeben von J. C. Gensler, J. C. A. Mittermaier und C. W. Schweizer (später: v. Löhr, Mittermaier und Thibaut, denen seit dem 14ten Bande noch Linde, Mühlenbruch und Wächter — seit dem 16ten auch Francke — beigetreten sind). Bd. I—XVII. Heidelb. 1818—1834. 8. — 11. Thémis, ou bibliothèque du Jurisconsulte; par une réunion de magistrats, de professeurs et d'avocats. T. I—X. à Paris (später Bruxelles) 1819—1831. 8. — 12. *C. A. den Tex* en *J. van Hall* Bydragen tot Rechtsgeleerdheit en Wetgewing. Deel I—VI. Amsterd. 1826—1832. 8. — 13. Rheinisches Museum für Jurisprudenz. Erster Jahrg. (für Jurisprudenz, Philologie u. s. w.), herausgeg. von Hasse, Böckh, Niebuhr u. s. w. IIter und IIIter Jahrg., herausgegeben von Blume, Hasse, Puchta und Pugge. Bonn 1827—1829. Bd. IV. H. 1. ebendas. 1830. Bd. IV. H. 1. 2. Bd. V—VI., unter dem Beitritt von Böcking, Hollweg und Unterholzner, Gött. 1832—1834, auch seit dem 5ten Bande mit dem Titel: Neues Rhein. Mus. u. s. w. Erster Band. — 14. Chr. Fr. Elvers Themis. Zeitschrift für practische Rechtswissenschaft. Bd. I. II. Gött. 1827—1830. 4. — 15. Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, herausgeg. von Linde, Marezoll und Wening-Ingenheim (seit dem 5ten Bande an v. Wenings Stelle v. Schröter). Bd. I—VII. Gießen 1827—1834. — 16. Roßhirt Zeitschrift f. Civil- u. Criminalrecht. Bd. I. in 3 Heften. Heidelb. 1832—1833. 8. — Verwandt mit dieser Klasse von Schriften sind übrigens die s. g. Promtuaria juris, d. s. Zusammenstellungen von Rechtssätzen in alphabetischer Ordnung und mit hinzugefügter Literatur, besonders aus practischen Schriftstellern: 1. Promtuarium juris Bertochianum — — cura *Car. Ferd. Hommelii.* T. I. II. Lips. 1777. 8. — 2. *Jo. Ernest. Just. Mülleri* promtuarium juris novum ex legibus et optimorum JCtorum tam veterum quam recentiorum scriptis ordine alphab. congestum. T. I—XII. Lips. 1784—1790. 8.

§. 27.

Lehrbegriff der Pandekten.

Eine vollständige Darstellung des auf Röm. Begriffen und Grundsätzen beruhenden und in Deutschland anwendbaren Privatrechts bildet den Gegenstand dieses Lehrbuchs. Die Pandektenvorträge unterscheiden sich daher durch ihre Quelle von denen über deutsches und canonisches Recht, durch die verschiedene Art der Behandlung von Institutionen und römischer Rechtsgeschichte. Denn wenngleich in den Pandekten häufig auf canonisches Recht, bisweilen auch auf deutsche Reichsgesetze Rücksicht genommen wird, so geschieht dies doch nur insofern, als sie auf Darstellung des anwendbaren R. R. gerichtet seyn müssen, — also insofern R. R. durch die genannten Quellen aufgehoben, oder modifizirt, oder erklärt ist; solche Lehren hingegen, welche ihre eigentliche Quelle im canon. oder deutschen Recht haben, gesetzt auch, sie hätten unter dem Einfluß des R. R. einen gemischten Character angenommen, sind von den Pandektenvorträgen auszuscheiden. Auf der anderen Seite aber ist bisweilen auch rein römisches, ja selbst vorjustinianisches Recht hier zu erörtern, nämlich alsdann, wenn die ihrem Inhalte nach unmittelbar practischen Rechtsquellen nicht anders verständlich gemacht werden können[1]).

1) Vgl. mit dem Inhalt dieses §. E. F. Vogel Untersuchungen über die Bestandtheile, Natur und wissenschaftl. Stellung des Pandektenrechts. Leipzig 1831.

§. 28.

Das System.

In Hinsicht auf die Anordnung der Lehren oder des Systems pflegt man die s. g. legalen Pandekten (nach der Titelfolge der Quelle) den systematischen (nach einer selbstgewählten Ordnung) entgegenzusetzen. Daß die erstere Ordnung den Erfordernissen eines Lehrsystems für practische Zwecke wenig entspreche, wird jetzt wohl kaum mehr bezweifelt[1]). Keineswegs aber ist man auch über die Einrichtung des Systems selbst einverstanden[2]). Doch giebt es gewisse Regeln hierüber,

die man wohl für allgemein giltige und anerkannte halten darf: 1) das Einfache muß dem Zusammengesetzten, — das Vorbereitende dem Resultate voraufgehen; 2) das Gleichartige muß zusammengestellt und auf den gemeinschaftlichen Gattungs-Begriff zurückgeführt werden; jedoch darf 3) durch die Rücksicht auf logischen Zusammenhang dem positiven Stoff kein Eintrag geschehen. Liegt daher dem zu erklärenden positiven Recht ein, nicht etwa zufällig entstandenes, sondern mit der Natur der Rechtsverhältnisse selbst zusammenhängendes System zu Grunde, so muß dasselbe im Wesentlichen beibehalten werden. Machen wir hievon eine Anwendung auf unseren Gegenstand, so ist es wohl am angemessensten, drei Klassen von Rechten, als Grundlage des ganzen Lehrgebäudes, zu unterscheiden: a) die Lehre von den Personen, den rechtlichen Verschiedenheiten derselben und den damit unmittelbar zusammenhängenden Rechten; b) die Lehre von den Sachen und insbesondere den daran unmittelbar, d. h. ohne Vermittlung durch Obligatio, zustehenden Rechten (dem s. g. unmittelbaren Sachenrecht); c) die Lehre von den auf einer Obligatio beruhenden Rechtsverhältnissen zwischen bestimmten Personen[2a]). Zuvörderst empfiehlt sich diese Ordnung durch Einfachheit und durch große Bestimmtheit der Gegensätze[3]). Sodann aber entspricht sie auch dem System der Römer, worin sich eine Klassification nach Rechtsverhältnissen findet, d. i. dem Institutionen-System. Denn, wenn man gleich über die Bedeutung des bekannten Satzes: omne jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones[3a]), keineswegs einverstanden ist[4]), so sind es doch unläugbar die drei Grundbegriffe: status, dominium, obligatio, und die ihnen correspondirenden Klagen: praejudiciales de statu[4a]), in rem und in personam actio, worauf das gesammte Röm. Privatrecht wesentlich beruht. Ist übrigens durch das System nur dafür gesorgt, daß jene Hauptbegriffe fest und unverändert im Auge behalten werden, so lassen sich Abweichungen im Einzelnen, wie die Rücksicht auf Deutlichkeit sowohl, als auf den practischen und den quellenmäßigen Zusammenhang der Lehren dies bisweilen erfordert, sehr gut rechtfertigen. So bringt es namentlich die erste Rücksicht von selbst mit sich, daß man die

Lehren, bei denen sich eine Anwendung aller Grundbegriffe findet, zuletzt abhandelt, — also die Lehren von den Vermögensverhältnissen, welche durch Ehe, väterliche Gewalt, Vormundschaft und s. g. Universal-Succession begründet werden, — womit denn freilich, des Zusammenhangs wegen, auch die, an sich ins Personenrecht gehörigen, Lehren von der Ehe, der väterlichen Gewalt und der Vormundschaft selbst in Verbindung gesetzt werden müssen. — Indessen geht alles bisher Gesagte nur auf die Anordnung der besonderen Lehren. Diesen pflegt man gewisse Begriffe und Lehrsätze unter dem Namen des allgemeinen Theils voraufgehen zu lassen, wie auch in dem gegenwärtigen Systeme geschehen ist. Dieser zerfällt hier in zwei Theile: die Lehre von den Rechtsquellen (Recht im objectiven Sinne) und die Lehre von den Rechten selbst (Recht im subjectiven Sinne). Zu den letzteren gehören: a) die s. g. Hilfslehren, d. h. diejenigen, welche an sich gar keinen Theil des Pandektenrechts bilden, sondern lediglich zum besseren Verständniß desselben, wie insonderheit die Lehren aus dem Civilprocesse; b) es giebt aber auch allgemeine Hauptlehren, d. h. solche, welche allerdings zu einem vollständigen System des practischen Civilrechts gehören, nur ihren Platz bei den speziellen Lehren darum nicht finden können, weil sie fast bei allen auf gleiche Weise vorausgesetzt werden. Dieser Theil hat daher eine allgemeine Rechts- und Geschäfts-Theorie zum Gegenstande, folglich auch die Lehre von Handlungen und anderen Ereignissen als Grund von Rechten und Rechtsverhältnissen [5]). Wenn man indessen meistens (der beliebten Gegensätze halber, wie es scheint) im allgemeinen Theil von Personen, von Sachen und von Handlungen spricht, so muß allerdings zugegeben werden, daß Manches, was unter den beiden ersten Rubriken vorkommt, zu den allgemeinen Lehren gehört; indessen ist es erstlich nicht nothwendig, davon früher zu sprechen, als diese Begriffe angewandt werden, sodann aber ist das Meiste von dem, was unter der ersten Rubrik vorgetragen zu werden pflegt, so speziell, wie irgend eine andere Lehre im Rechtssystem.

1) Vgl. *H. Donelli* commentarii jur. civil. Lib. I. c. 1. §. 2 sqq. — und Hugo civilist. Magaz. II. S. 19. u. S. 94. (d. 1. A.).

2) S. z. B. *H. Blondeau* des méthodes de classification qui ont été suivies ou proposées à diverses époques, pour faciliter l'étude du droit privé, et notamment de cettes qui sont adoptées aujourd'hui dans la plupart des universités d'Allemagne (Thémis T. III. Livr. 13. p. 246—277.). — G. F. Puchta im Rhein. Museum III. S. 115 fgg.

2a) S. meine Cession der Forderungsrechte, 3. A. §. 2.; auch unten §. 78.

3) Anderer Meinung ist freilich Blondeau, mit den Juristen, von welchen er sagt, sie seien „doués d'un esprit plus indépendant que nos modernes docteurs." Er urtheilt über das Röm. System so: „Rien n'est cependant plus facile, que d'apercevoir la vice, je n'ôse dire l'absurdité de cette distinction" (a. a. O. p. 248.).

4) Thibaut Versuche II, 1. — Hugo civ. Mag. IV, 1. u. 9. V, 15. u. S. XXVIII—XXXI., auch Bd. VI. S. 283—350. Sodann: C. E. Weiß über die Stellung der Lehre von den Obligationen im heut. R. R. Gießen 1828.; ferner Schweppe jur. Mag. I. S. 6—13. und die oben (§. 10. Note 9.) angef. Dissertationen von Marezoll u. Unger.

4a) Freilich hat der Ausdruck praejudiciales formulae eine weiter gehende Bedeutung (*Gaj.* IV. 44.). Allein die auf den status sich beziehenden Klagen waren sämmtlich praejudiciales, und bildeten überhaupt den gewöhnlichsten Gegenstand derselben, weshalb denn auch Justinian nur diese Anwendung vorträgt. §. 13. J. *de actionibus.*

5) Schuncks Jahrb. der juris. Literatur Bd. VIII. S. 15. — A. L. Z. August 1831. Nr. 151. S. 562 fgg.

Allgemeiner Theil.

Allgemeiner Theil.

Erstes Buch.

Von den Rechtsquellen.

Erstes Capitel.

Von den Rechtsquellen überhaupt und ihrer Entstehung.

§. 29.

Begriff von Lex und Gesetz.

Bei dem Worte Gesetz, und auch bei Lex, muß die juristische Bedeutung von der nicht juristischen unterschieden werden [1]), und hier lassen sich ebenfalls wieder, wenigstens was das Wort Lex anbetrifft, mehrere Bedeutungen unterscheiden, denen allen freilich ein ursprünglicher Begriff zu Grunde liegt. Dieser ist: eine Wortformel [2]), daher denn auch: ein Gesetzesvorschlag, ferner: eine Formel für Rechtsgeschäfte, also auch eine Contracts-Bedingung, z. B. Lex mancipii, lex contractus, lex aedium u. s. w. [3]). Meistens wird aber der Ausdruck Lex auf einen Rechtssatz bezogen, und zwar bedeutet er alsdann a) den in den Comitien des gesammten Populus auf den Vortrag eines höheren Magistratus genehmigten Gesetzes-Vorschlag [4]); b) jede durch die gesetzgebende Macht sanctionirte Vorschrift [5]); c) jede Norm für rechtlich sittliche Zwecke [6]).

1) *Brissonius* de verb. sign. v. *lex*. — Vgl. Hugo im civilist. Magaz. Bd. III. S. 412. Note *.

2) *Ernesti* in dem index legum, vor der clavis Ciceron. p. 1.

3) *Cic.* de or. I, 39. 58. — L. 33. D. de *servit. praed. urb.* VIII, 2. L. 60. 72. §. 1. D. *de contrah. emt.* XVIII, 1. L. 1. D. *de commissoria* XVIII, 3. L. 25. §. 3. D. *loc. cond.* XIX, 2. L. 8. in f. D. *de praescript. verb.* XIX, 5. etc. — Vgl. *Ernesti* a. a. O. — *Brisson.* a. a. O. §. 11. 12.

4) §. 4. I. *de J. N. G. et C.* (I, 2.). — *Gaji* Inst. I. §. 3. „Lex est, quod populus jubet atque constituit." (s. oben §. 3. Note 2.). — *Gaji* Inst. §. 4. „Senatusconsultum — — *legis vicem obtinet.*" — §. 5. „Constitutio principis est, quod imperator decreto, vel edicto, vel epistola constituit; nec umquam dubitatum est, *quin id legis vicem obtineat.*" — §. 7. „Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est, jura condere; quorum omnium si in unum sententiae concurrant, id, quod ita sentiunt, *legis vicem obtinet.*"

5) *Cic.* de legib. I, 6. „— quae scripto sancit quod vult, aut jubendo, aut vetando —". — Vgl. L. 5. §. 1. D. *de extraordinar. cognit.* (L. 13.) „— legibus ac moribus comprobatur —".

6) In diesem weiteren Sinne nehmen auch schon die Röm. Rechtsphilosophen den Ausdruck Lex, z. B. *Seneca* de benefic. IV, 12. Vgl. *Cic.* de legib. I, 6. — Die Erklärung von Lex, welche Papinian giebt (in der L. 1. D. *de legib.* I. 3.), ist übrigens nicht als Definition anzusehen, sondern enthält nur einen etwas idealisirten Ausdruck dessen, was ein Gesetz seyn, und wie es entstehen soll: „Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum, quae sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio, communis reipublicae sponsio".

§. 30.

Eintheilung der Rechtsquellen, A) nach ihrem obersten Erkenntnißgrunde.

Seinem ersten Ursprunge und Erkenntnißgrunde nach ist alles Recht entweder natürliches oder positives. Natürliches Recht nennen wir das auf Vernunftprinzipien beruhende und darum allen Menschen gemeinsame Recht; positives, das auf Vorschriften (Menschensatzungen) beruhende oder in Folge gewisser bürgerlicher Einrichtungen geltende Recht, welches meistens auch ein eigenthümliches bestimmter Nationen (jus civile vorzugsweise genannt) seyn wird [1]). Dies positive Recht nun, soweit es im Gegensatze vom Naturrecht gedacht wird, wirkt entweder ergänzend, d. h. es dient zur nothwendigen Normirung solcher Verhältnisse, wofür im Naturzustande Namen und Begriff fehlen, die aber

dennoch einer rechtlichen Bestimmung bedürfen [2]), oder abändernd und einschränkend, nämlich aus Gründen legislativer Politik [3]). Uebrigens wird der Ausdruck jus civile bisweilen für das gesammte in einem Staate geltende Recht genommen, welches auch seine Quellen seyn mögen [4]), bisweilen steht er im Gegensatz a) vom öffentlichen oder Staats-Recht [5]), b) vom Criminalrecht [6]), c) vom allgemein geltenden oder doch anwendbaren Recht [7]), und darum denn auch d) vom prätorischen [8]), indem dies einem sehr großen Theile nach aus dem allgemeinen Rechts- und Billigkeitsprinzip geflossen ist. Dagegen wird das alte Juristen-Recht zum jus civile im engsten Sinne gerechnet, weil es nach Form und Inhalt sich auf das genaueste dem ältesten und eigenthümlichen Röm. Recht anschließt [9]).

1) L. 9. D. *de J. et J.* §. 1. 2. I. *eod.* Vgl. *Cic.* de invent. II, 22. („Ac naturae quidem jus est, quod nobis non opinio, sed quaedam innata vis afferat, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem.")

2) Wie z. B. die Bestimmungen über die Art und Weise der Prozeßführung, so wie über andere Geschäfte, für die eine gewisse Form nöthig scheint. Vgl. *G. Noodt* ad Tit. de J. et J. (opp. II. p. 6. A.). *A. Schulting* enarratio partis primae Digestorum I, 1. §. 16.

3) Vgl. *A. Schulting* a. a. O. §. 15. 17.

4) *Cic.* Top. 2. „Jus civile est *aequitas constituta iis, qui ejusdem civitatis sunt.*" — §. 2. I. *de J. et J.* „Jus, quo populus Romanus utitur, jus civile Romanorum appellamus." L. 6. D. *de J. et J.* „Jus civile est, quod neque in totum a naturali, vel gentium recedit, nec per omnia et servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium, id est civile, efficimus."

5) *Ernesti* clav. Cic. v. *civilis.*

6) S. z. B. die Rubr. des Coder-Titels: *quando civilis actio criminali praejudicet* IX, 31. — *Brisson.* de V. S. v. *civilis* §. 2.

7) *Cic.* de legg. I, 5. in f. L. 1. pr. D. *de adquir. rer. dominio* XLI, 1. §. 3. I. *de patria pot.* I, 9. „Jus autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum. Nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus." Vgl. auch die Note 1.

8) L. 7. D. *de J. et J.* „Jus autem civile est, quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit. Jus praetorium est, quod Praetores introduxerunt" etc. — §. 1. I. *de obligationib.* — *Brisson.* v. *civilis* §. 1. 10. 11. 12.

9) L. 2. §. 5. 12. D. *de origine juris.* (siehe oben §. 7. S. 13. — Hugo's Rechtsgesch. S. 440—443. d. 11ten A.). — Darauf bezieht sich auch die Redensart „in *jure civili* receptum est" (z. B. in L. 24. D. *de condit. et demonstrat.* XXXV, 1.). — Hugo a. a. O. S. 466.

§. 31.

Allgemeine Characteristik des Röm. Rechts.

Die Römer leiten ihr Privatrecht aus einer dreifachen Quelle ab, dem jus naturale, gentium und civile. Jenes ist ihnen ein Recht, „quod natura omnia animalia docuit", oder, das von allen lebenden Geschöpfen anerkannt und befolgt wird [1]), als: das Recht der Geschlechtsverbindungen, — das Recht seine Kinder zu erziehen, aber auch die Pflicht für den Unterhalt derselben zu sorgen [2]), — das natürliche Schutzrecht gegen Unrecht und Gewalt [3]). Was hieraus fließt, das gilt nicht blos für rechtsfähige Individuen, soweit sich keine Einschränkungen durch Sitte oder Gesetz nachweisen lassen (s. unten §. 134.), sondern es gilt auf gewisse Weise auch für jedes lebende Geschöpf [4]). — Das jus gentium beruht theils auf einer allgemein-sittlichen Grundlage (weshalb es denn auch wohl jus naturale genannt wird [5])), theils auf positiven Einrichtungen, welche aber bei allen gesitteten Völkern angetroffen werden und darum durch ein unabweisliches Bedürfniß veranlaßt zu seyn scheinen [6]). Beiden ist nun das eigenthümliche Recht der einzelnen Nationen entgegengesetzt (j. civile im e. S.), aber für das Röm. jus civile im weiteren Sinn und in seiner ausgebildeten Gestalt ist das jus gentium nach seiner zwiefachen Beziehung von der größten Wichtigkeit, nämlich a) als ein auf gemeinschaftlicher Völker-Sitte beruhendes [7]) und b) als ein aus der Vernunft und dem allgemeinen Sittlichkeitsprinzip abgeleitetes Recht [8]). Von diesem Recht war das in Rom überhaupt geltende (j. civile im w. S.) so durchdrungen und belebt, daß incivile hieß, was den Gesetzen der Sitte und des Anstandes nicht entspricht [9]). Daher führte man die gesammten bürgerlichen Pflichten auf die drei Regeln zurück: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere [10]). Man schärfte den Grundsatz ein, in allen Lebensverhältnissen die Gesetze des Anstandes und der Sittlichkeit zu befolgen [11]), man behandelte blos moralische Pflichten häufig als Rechtspflichten [12]), sofern die Natur des Verhältnisses dies überhaupt gestattet [13]), man wollte nicht, daß das Schlechte und

Unsittliche Grund oder Gegenstand eines Rechts sey[14]), man betrachtete in so vielfachen Verhältnissen die rechtliche Gesinnung und die Rücksicht auf das, was Treu und Glaube mit sich bringt, als Bedingung von Rechten und als hauptsächliche Entscheidungs-Quelle für den Richter[15]), man duldete dagegen nicht, daß Chicane und Eigensinn als alleiniges Motiv einer Rechtsausübung Anderen schade[16]). Indessen führte alles dies keineswegs weder zu einer Verkennung des Unterschiedes zwischen Moral und Recht[17]), noch zu einer Vernachlässigung der Rücksichten, die jedes positive Recht auf öffentliche Wohlfahrt und auf Sicherheit der rechtlichen Verhältnisse nehmen muß[18]). Vielmehr zeichnete sich die Röm. Rechtspflege, neben der steten Berücksichtigung des honestum und aequum, aus: durch ein möglichst strenges Festhalten an dem überlieferten Recht, durch Achtung gegen einmal bestehende Formen und positive Einschränkungen[19]), durch feste und bestimmte Prozeßformen, wovon für sichere Handhabung des Rechts so sehr Vieles abhängt.

1) L. 1. §. 3. D. *de J. et J.*

2) *Cic.* offic. I, 4. „Commune autem animantium omnium est conjunctionis appetitus, procreandi causa, et cura quaedam eorum, quae procreata sunt." *Id.* de finib. III, 19. „Neque vero haec inter se congruere possint, ut natura et procreari vellet, et diligi procreatos non curaret. Atque etiam in bestiis vis naturae inspici potest, quarum in foetu et in educatione laborem cum cernimus, naturae ipsius vocem videmur audire." L. un. §. 5. C. *de rei uxor. act.* V, 13. „— cum ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortetur." Vgl. L. 8. §. 5. C. *de bonis quae liberis* VI, 61.

3) L. 1. §. 27. D. *de vi et vi armata* XLIII, 16. „Vim vi repellere licere Cassius scribit, idque jus natura comparatur." — L. 3. D. *de J. et J.* — *L. Charondae* Verosimilium Lib. I. cap. 1. (in Otto's thesaur. I. p. 883.). — *Vinnius* in Comment. ad pr. Inst. *de J. N. G. et C.* No. 3. — *G. Noodt* Probabil. I, 5. — *Corn. v. Bynkershoek* observatt. V. 2. — *C. Bucher* Domitii Ulpiani, quae in primum Digestorum librum migrarunt fragmenta (Erl. 1819. 8.) p. 5. not. 14.

4) a) L. 1. §. 4. D. *si quadrupes pauper. fecisse dicatur* IX, 1. — S. Zimmern das System der Röm. Noxalklagen S. 85. — b) *Cic.* de rep. III, 11. — c) L. 14. §. 1. D. *de ritu nuptiarum* XXIII, 2. „Serviles quoque cognationes in hoc jure observandae sunt." — *Cujacius* zu dieser Stelle, in dem Comment. zu L. 35. *Pauli* ad edict. (*L. Ann. Seneca* in Hippolyto Act. III, 913. 914. „Ferae quoque ipsae Veneris evitant nefas, generisque leges inscius servat pudor."). — d) L. 32. D. *de reg. jur.* „Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur, non tamen et jure naturali; quia, quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt." L. 12. §. 4.

D. *de accusat.* XLVIII, 2. „— sed cum naturâ est communis, similiter et in eos animadvertetur."

5) §. 1. u. 11. I. *de rer. divis.* u. a. Stellen.

6) §. 1. 2. I. *de J. N. G. et C.* — L. 1. §. 4. D. *de J. et J.* — Vgl. die Note 7. — Welcker Recht, Staat und Strafe S. 501 fg. S. 515 fg. Dessen System d. Rechts-, Staats- und Gesetzgebungslehre I. S. 123—142. — Puchta Gewohnheitsr. I. S. 39. und überhaupt Dirksen im Rhein. Museum Bd. I. Heft I. Abh. I., auch Zimmern R. G. §. 13.

7) L. 5. D. *de J. et J.* „Ex hoc jure gentium introducta bella, discretae gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emptiones, venditiones, locationes, conductiones, obligationes institutae: exceptis quibusdam quae jure civili introductae sunt." — L. 4. *eod.* „Manumissiones quoque juris gentium sunt." — *Gaji* instit. I. §. 189. „Impuberes in tutela esse, *omnium civitatum jure contingit, quia naturali rationi conveniens est*, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur."

8) C. Th. Welcker die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe S. 450—534.

9) *Brisson.* v. *incivilis, inciviliter. Id.* v. *civilis* §. 4.

10) L. 10. §. 1. D. *de J. et J.*

11) L. 15. D. *de condit. instit.* XXVIII, 7. „Nam quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est." — L. 90. D. *de reg. jur.*

12) L. 2. D. *de J. et J.* „Velut erga Deum religio: ut parentibus et patriae pareamus." — S. auch a) L. 19. D. *de ritu nuptiar.* XXIII, 2. L. fin. C. *de dot. promiss.* V, 11. L. 5. pr. §. 1. 2. D. *de agnosc. et alend. lib.* XXV, 3. b) L. 32. §. 2. D. *de cond. indeb.* XII, 6. L. 26. §. 12. D. *eodem.* c) §. 2. in fin. I. *de donationibus.* L. 10. C. *de revocandis donationibus* VIII, 56. T. T. D. *de obseq. parent. et patr. praest.* XXXVII, 15.

13) Thibaut Versuche Bd. II. Abh. V. Nr. III, 2. S. 160 fgg. (der 1sten A.). Welcker System u. s. w. S. 122. N. b. c. d. e.

14) L. 144. D. *de reg. jur.* „Non omne quod licet honestum est." a) §. 7. I. *de mandato.* L. 7. §. 3. D. *de mandato* XVII, 1. L. 1. §. 2. L. 2. pr. D. *de condict. ob turp. caus.* XII, 5. L. 5. C. *eod.* IV, 7. — b) L. 8. pr. L. 14. 15. D. *de condit. et instit.* L. 20. 22. D. *de condit. et demonstrat.* XXXV, 1. L. 5. C. *de instit. et substit.* VI, 25. u. an a. O. — c) L. 61. D. *de V. O.* XLV, 1. L. 4. C. *de inutilib. stipul.* VIII, 39.

15) *Cic.* offic. III, 17. „Q. Scaevola fidei bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emtis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas continetur: in his magni esse judicis, statuere, quid quemque cuique praestare oporteret." L. 3. §. 2. D. *pro socio* XVII, 2. L. 31. §. 1. D. *depositi* XVI, 3.

16) a) *Cic.* offic. I, 16. „Una ex re satis praecipitur, ut quidquid sine detrimento possit commodari, id tribuatur vel ignoto. Ex quo sunt illa communia: non prohibere aquam profluentem, pati, ab igne ignem capere" — u. s. w. L. 2. §. 5. D. *de aqua et aq. pluv. arc. act.* XXXIX, 3. „— quod factum mihi quidem prodesse pot-

est, ipsi vero nihil nociturum est; *haec aequitas suggerit, etsi jure deficiamus.*" — b) L. 38. D. *de rei vind.* VI, 1. „— neque malitiis indulgendum est" —.

17) L. 17. §. 3. D. *commodati* (XIII, 6.) „Sicut autem *voluntatis et officii magis, quam necessitatis* est, commodare: ita modum commodati finemque praescribere ejus est, qui beneficium tribuit." — L. 12. §. 3. D. *de administr. et per. tut.* (XXVI, 7.). Thibaut Vers. I. S. 229 fg. (d. 1. A.). Welcker Recht, Staat und Strafe S. 439 fgg.

18) Ein Beispiel davon s. in L. 31. pr. D. *depos.* XVI, 3. „Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat. Sed eam utrum aestimamus ad *merum jus gentium*, an vero cum praeceptis civilibus, et praetoriis? velut reus capitalis judicii deposuit apud te centum: is deportatus est, bona ejus publicata sunt: utrumne ipsi haec reddenda, an in publicum deferenda sint? Si tantum naturale et gentium jus intuemur, ei, qui dedit, restituenda sunt, si civile jus, et legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt. Nam male meritus publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet." — Vgl. L. 16. §. 4. D. *de minorib.* (IV, 4.) „Pomp. ait: in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus, se circumvenire."

19) Meine Beurtheilung des Städel'schen Beerbungs-Falles S. 16—30.

§. 32.

B) Eintheilung der Rechtsquellen nach ihrem unmittelbaren Entstehungsgrunde.

Sieht man darauf, wie etwas Recht im Staate wird, so ist das scriptum jus und das non scriptum zu unterscheiden [1]). Unter dem scr. jus dürfen wir jede Rechtsnorm verstehen, deren verbindende Kraft unmittelbar von der Erklärung ihres Urhebers abhängt [2]); unter dem non scr. Alles, was als Rechtsnorm befolgt wird, ohne als solche bestimmt vorgeschrieben oder verabredet zu seyn, wohin unter Anderm (s. unten §. 41 fgg.) das Gewohnheitsrecht gehört.

1) L. 6. §. 1. D. *de J. et J.* — §. 3. 10. I. *de J. N. G. et C.*

2) *Cic.* orat. partitiones c. 37. (s. den folg. §. Note 1.). Vgl. übrigens Puchta Gewohnheitsr. S. 61 fg. u. *J. C. Kall* observationes de jure non scripto, inter cives subditos secundum rei naturam vigente (Hafn. 1828. 8.) p. 33 sqq.

§. 33.

I. Arten des geschriebenen Rechts.

Das geschriebene Recht beruht entweder auf öffentlicher Sanction (was vorzugsweise jus scr. genannt wird), oder auf erlaubter Privatautonomie[1]). Jenes heißt auch jus publicum[2]), d. i. das unter öffentlicher Autorität entstandene Recht, obgleich dieser Name vorzüglich von den Gesetzes-Vorschriften gebraucht wird, die sich entweder geradezu auf den Staat und die öffentlichen Einrichtungen beziehen, oder doch durch eine besondere Rücksicht auf das Gemeinwohl veranlaßt sind[3]). Es kommt aber überdies der Ausdruck in verschiedenen Bedeutungen vor[4]), nämlich bald als jus commune im Gegensatz vom j. singulare[5]), bald schlechthin als Gegensatz einer privatautonomischen Bestimmung[6]), bald als ein Recht, welches der Abänderung durch Privat-Willkühr nicht unterworfen ist[7]).

1) *Cic.* orat. partitiones c. 37. „Scriptorum autem privatum aliud est, publicum aliud. Publicum, *lex*, *senatusconsultum*, *foedus*. Privatum, *tabulae*, *pactum conventum*, *stipulatio*."

2) L. 116. §. 1. D. *de reg. jur.* „Non capitur, qui jus publicum sequitur." (*J. Gothofred.* in comment. ad h. l. opp. ed. *Trotz.* p. 1039 sq.) L. 8. D. *de tutelis* XXVI, 1. „Patronus quoque tutor liberti sui fidem exhibere debet: et si qua in fraudem, quamvis pupulli liberti gesta sunt, revocari *jus publicum* permittit." L. 36. §. 1. D. *de excusationib.* XXVII, 1. L. 18. §. 1. D. *de damno infecto* XXXIX, 2. „Quod opere facto consecutus sit dominii capione promissor, non teneri eum eo nomine, Pomponius ait: quia nec loci nec operis vitio, sed *publico jure* id consecutus sit." (Cujacius zu dieser Stelle, in dem Comment. zu L. 49. *Pauli* ad ed.) L. 2. C. *si minor se majorem dixerit* II, 43. L. 3. C. *quib. ex causis majores j. i. r.* II, 54.

3) §. 4. I. *de just. et jure.* L. 1. §. 2. D. *eod.* „Publicum jus est, quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem." — Vgl. L. 2. D. *de jure dotium* (XXIII, 3.) und G. C. Burchardi Grundzüge d. Rechtssystems der Römer aus ihren Begriffen vom öffentl. u. Privatr. entwickelt. Bonn 1822. 8.

4) *Ulr. Huberi* Digression. Justin. P. II. Lib. I. c. XXI. §. 3—6.

5) L. 7. §. 6. D. *de donat. int. V. et U.* (XXIV, 1.). L. 2. C. *ne uxor pro marito* (IV, 12.) „Ob maritorum culpam uxores inquietari leges vetant. Proinde rationalis noster, si res, quae a fisco occupatae sunt, dominii tui esse probaveris, *jus publicum* sequetur."

6) L. 29. D. *de testamentaria tutela* XXVI, 2. „Ex sententia Senatusconculti Liboniani tutor non erit, qui se testamento pupillo tu-

torem scripsit. Cum autem patris voluntas, hoc ipsum manu sua declarantis ambigua non esset, eum, quamvis alii tutores essent, curatorem dandum respondi: *nec admittendam excusationem, quam jure publico habebat, quoniam promisisse videbatur.*" L. 77. in f. D. *de cond. et demonstr.* XXXV, 1. L. 12. D. *ut legator. seu fideic. serv. caus. caveatur* XXXVI, 3.

7) L. 38. D. *de pactis* II, 14. „Jus publicum privatorum pactis mutari non potest." (L. 2. § 8. D. *de administr. rer. ad civit. pertin.* L. 8. L. 27. D. *de reg. jur.*) — L. 12. §. 1. D. *de pact. dotalib.* („Ex pactis — alia ad voluntatem pertinent, — — alia ad jus —"). L. 5. §. 7. D. *de adm. et peric tut.* XXVI, 7. „Nemo enim jus publicum remittere potest hujusmodi cautionibus" (sc. ut aneclogisti essent tutores), „nec mutare formam antiquitus constitutam." L. 1. §. 9. D. *de magistr. conveniend.* XXVII, 8. „Conventione enim duumvirorum jus publicum mutari non potest." L. 30. §. 3. D. *de excusat.* XXVII, 1. L. 3. D. *qui test. fac. poss.* XXVIII, 1. „Testamenti factio *non privati, sed publici juris est.*" (L. 13. C. *de test.* VI, 23.) L. 15. §. 1. D. *ad legem Falcid.* XXXV, 2. „Frater cum heredem sororem scriberet, alium ab ea, cui donatum volebat, stipulari curavit, ne Falcidia uteretur, et ut certam pecuniam, si contra fecisset, praestaret: *privatorum cautione legibus non esse refragandum*, constitit; et ideo sororem *jure publico retentionem habituram*, et actionem ex stipulatu denegandam." L. 42. D. *de oper. libertor.* XXXVIII, 1. „Cerdonem servum meum manumitti volo, ita ut operas heredi promittat: non cogitur manumissus, promittere, sed et si promiserit, in eum actio non dabitur; *nam juri publico derogare non potuit*, qui fideicommissariam libertatem dedit." — Savigny Gesch. des R. R. im Mittelalter I. S. 129 fg. Burchardi a. a. O. S. 12 fg.

§. 34.

Einzelne Arten des auf öffentlicher Sanction beruhenden Rechts, 1) überhaupt.

Eine Gesetzes-Vorschrift sollte eigentlich öffentlich bekannt gemacht seyn. Seitdem aber der Grundsatz in Rom aufkam, daß jede von dem Inhaber der Staatsgewalt ausgehende Verfügung Gesetzeskraft habe[1]), unterschied man zwei Arten der Gesetze: die Edictal-Gesetze, d. h. die öffentlich bekannt gemachten und eine allgemein verbindende Rechtsnorm ausdrückenden[2]), und die an bestimmte Personen, ihres Amts oder ihrer Privat-Verhältnisse wegen, ergangenen kaiserlichen Verfügungen, — die Mandate, Decrete, Rescripte[3]). Mandate waren Instructionen der Kaiser an ihre Stellvertreter[4]); Decrete enthielten Bestimmungen oder Entscheidungen der Kaiser über die vor ihnen als obersten Richtern in dem Auditorium Prinzipis[5]) verhandelten Rechtssachen[6]);

durch Rescripte oder rescriptiones[7]) beantworteten sie die Bittschreiben und Vorstellungen von Privatpersonen und Communen, so wie die Anfragen und Berichte der Beamten. Die Rescripte hießen epistolae, wenn sie an Beamte ergingen[8]); sanctiones pragmaticae, wenn ihre öffentliche Bekanntmachung erfolgte[9]); annotationes[10]), wenn sie an Privatpersonen erlassen wurden[11]).

1) L. 1. pr. u. §. 1. D. *de constit. princip.* I, 4.

2) Sie werden auch generales epistolae genannt. L. 1. §. 2. D. *de fugitivis* XI, 4. S. auch Zimmern R. G. I. §. 42. S. 143. Note 17. — Ueber die Publications-Form der Edictalgesetze s. *Brisson.* de formulis III, 71—74. 76—77., und L. 8. D. *de legibus* I, 14.

3) Vgl. oben §. 4. Note 7—10.

4) *Jac. Cujacius* in exposit. Nov. XVII. — *Jac. Gothofredus* ad Tit. Cod. Theodos. *de mandat. principum* I, 3. Verschieden davon waren die Mandate, wodurch die Magistratus einzelne ihrer amtlichen Befugnisse Anderen auftrugen (Tit. Dig. *de officio ejus, cui mandata est jurisdictio* I, 21.), ferner die epistalmata, oder Aufträge, welche die Kaiser für ihre Privatangelegenheiten ertheilten. L. 3. in med. C. *de quadriennii praescriptione* VII, 37. — *J. H. Boehmeri* D. de jure epistalmatis. Hal. 1735. 4. (cap. I. Nr. VIII.)

5) *Brisson.* v. *auditorium.* — *C. G. Haubold* de consistorio principum (Spec. I. II. Lips. 1788—1789. 4., und in den opusc. T. I. p. 185 sqq.) cap. I. §. 2. c. II. § 6. c. III. Zimmern der röm. Civilproceß in geschichtl. Entwickelung (Heidelb. 1829.) §. 7. und 21. Vgl. L. 38. D. *de minorib.* IV, 4. L. 3. D. *de his quae in testam. delentur* XXVIII, 4. Inscr. leg. ult. D. *de hered. instit.* XXVIII, 5., leg. ult. D. *de cond. et demonstr.* XXXV, 1., leg. ult. D. *ad SCt. Trebell.* XXXVI, 1., leg. ult. D. *de jure patronatus* XXXVII, 14. (*Paulus* imperialium sententiarum in cognitionib. prolatarum ex libris sex primo s. Decretor. secundo. *Cujacii* observ. II, 26. *Schulting* jurisprudentia ante-Justin. p. 212.

6) *Theophilus* ad §. 6. I. *de J. N. G. et C.* (No. 44. 45. ed. *Reitz.*)

7) L. 8. 9. D. *de offic. praesid.* I, 18.

8) *Theophilus* ad §. 6. I. *de J. N. G. et C.* (No. 42—43.).

9) C. Haec, quae necessario *de novo Cod. faciendo* §. 2. „— — sicut et illas vim generalis constitutionis obtinere palam est, quae ad certas personas rescriptae, *vel per pragmaticam Sanctionem ob initio datae*" — —. L. 7. pr. C. *de diversis rescript.* I, 23. „Universa rescripta, sive in personam precantium, sive ad quemlibet judicem manaverint, quae vel adnotatio vel pragmatica Sanctio nominentur" — S. auch L. 12. C. *de sacrosanctis ecclesiis* I, 2. L. 12. C. *de vectigalib. et commissis* IV, 61. L. 2. C. *de petitionib. bon. sublat.* X, 12. — Die gewöhnliche Erklärung: sanctiones pragm. seyen die an die Städte erlassenen Rescripte, ist nicht genau, da dergleichen auch an die Beamten und (früher wenigstens, s. Note 11.) auch an Privatpersonen ergingen. M. s. z. B. die C. *summa* de Just. Cod. confirm. §. 4. „Si quae vero pragmaticae sanctiones — civitatibus forte, vel corporibus, vel scholis, vel scriniis, vel offi-

ciis, *vel alicui personae impertitae sunt*" —. Vgl. Zimmern R. G. I. S. 142. Note 7.

10) L. 1. Th. C. *de div. rescr.* in der Ausg. von Wenck u. das. die Note 9.

11) Der Kaiser Zeno verbot die Form der pragmaticae sanctiones bei Rescripten an Privatpersonen (L. 7. §. 1. C. *de divers. rescr.*), und da auch die Form der epistolae hiefür nicht üblich war, so blieb hier nur die der ad- oder subnotatio übrig. An Gemeinden wurde übrigens wohl regelmäßig durch sanct. pragm. rescribirt.

§. 35.

2) Insbesondere, a) von Rescripten.

Streitige Rechtssachen entschieden die Kaiser nicht nur durch Decrete, sondern auch durch Rescripte, und zwar entweder auf Berichtserstattung der Richter[1]), oder auf den einseitigen Vortrag einer Partei. Man hatte sich allmählig daran gewöhnt, statt, wie früher, an die rechtsprechenden Magistratus, so sich an den Kaiser zu wenden, um eine actio oder exceptio, oder sonst einen Ausspruch über sein Recht zu erhalten, und mit dem impetrirten Rescript ging man dann an den ordentlichem Magistratus oder Richter[2]), welcher dabei gleichsam nur als Vollstrecker des kaiserlichen Befehls erschien[3]). Ja sogar sollten diese Prozeß-Rescripte als unabänderliche Normen für die Sachen gelten, in denen sie erlassen wurden[4]). Zwar erfolgten auch wieder manche Einschränkungen; so wurden namentlich die offenbar rechtswidrigen Rescripte für ungiltig erklärt, auch sollte man in einem bereits beim Richter anhängigen Prozeß sich nicht mehr an den Kaiser wenden dürfen[5]). Immer aber lag in dieser Art Prozesse zu entscheiden ein verwerflicher Eingriff in das Richter-Amt, eine mit den heutigen Sitten und Einrichtungen unverträgliche Kabinets-Justiz, weshalb denn auch die Vorschriften des Röm. Rechts, welche sich lediglich auf diese Prozeß-Rescripte beziehen, bei uns keine Giltigkeit haben können. Hievon abgesehen, kommen übrigens auch jetzt noch Rescripte vor, welche entweder ein dunkles oder zweifelhaftes Gesetz erklären, oder sich auf einen anhängigen Rechtsstreit beziehen (die s. g. rescripta informatoria, promotorialia, avocatoria); aus diesem Grunde, und da es auch außerdem

uoch Fälle giebt, in welchen Rescripte auf den Grund bestehender Rechtsnormen erfolgen, pflegt man Justiz- und Gnaden-Rescripte zu unterscheiden[6]). Jedes Rescript erfordert aber zu seiner Giltigkeit 1) die Unterschrift des Regenten, oder, auf dessen Auftrag, des magister libellorum[7]), so wie die Beifügung des Datums[8]); 2) daß es dem Gemeinwohl nicht widerstreite, auch nicht wider Gesetz und Recht sey, außer sofern der Regent einen Act der Gnade ausübt, wodurch ein Dritter nicht verletzt wird[9]); 3) daß des Impetranten Vorbringen auf Wahrheit beruhe[10]). Rescripte, welche durch Entstellung der Wahrheit, oder durch Vorbringung falscher und Auslassung wahrer Thatumstände erschlichen sind, kann der dadurch verletzte Dritte durch geeignete Rechtsmittel anfechten; übrigens spricht man gewöhnlich hiebei nur von einer exceptio sub- et obreptionis, (im Röm. Recht praescriptio mendaciorum genannt)[11]), und streitet über die Beweislast, die jedoch nach allgemeinen Gründen nur den Impetraten treffen kann, vorausgesetzt, daß das Rescript in einer fehlerfreien Form erlassen ist[12]). Bedarf ein Rescript erst der Mitwirkung einer anderen Behörde, damit es ins Leben trete (z. B. einer causae cognitio über die individuellen Umstände), so gilt es nicht eher, bis diese eingetreten ist[13]); sonst entscheidet hierüber das Datum der Ausstellung[14]).

1) L. 6. §. 2. D. *de offic. Procons.* I, 16. L. 1. §. 1. 2. D. *de appellat.* XLIX, 1. L. 3. D. *quando appellandum sit* XLIX, 4. — Theod. Cod. *de relationibus* XI, 29. Cod. Just. *de relationibus* VII, 61. Nov. 82. c. 13. 14. Nov. 113. (Dat. 10 Kal. Dec. 541.) c. 1. pr. in f. (*Vulg.*: „Si vero aliqua dubitatio judici de aliqua fiat lege, nuntiet ad nostram potestatem, et a nobis exspectet causae scriptam declarationem aut interpretationem, et secundum eam decidat litem.") Justinian schaffte diese Anfragen ab, in der Nov. 125.; (über die gewöhnliche Subscriptio dieser Novelle: *Id. Octobr.* 541. s. Biener Gesch. der Novellen Justinians S. 524.). — *A. Schulting* D pro rescriptis §. 4. — Vgl. *Brissonius* de formulis III, 43. 44.

2) Solche Rescripte finden sich in dem Constitutionen-Codex in Menge. S. auch L. 1. § 3. D. *de appellat.* XLIX, 1. L. 1. C. *quando libellus principi datus litis contestationem faciat* I, 20, L. 4. Th. C. *de divers. rescript.* I, 2. „Etsi non cognitio, sed executio mandatur, de veritate precum inquiri oportet, ut, si fraus intervenerit, de omni negotio cognoscatur." Hiezu: J. Gothofredus Erkl. — Vgl. L. 4. C. Just. *si contra jus* etc. — *Brissonius* de formulis III, 25. 27. 28. 39. 41., und meine Lehre von d. Cession d. Forderungsrechte §. 15. Nr. IV.

3) L. 5. Th. C. *de divers. rescr.* „Multabuntur judices, qui rescripta contemserint, aut distulerint."

4) L. 3. Th. C. *de divers. rescript.* „Quoties rescripto nostro praejudicium, vel moratoria praescriptio remittitur, aditus supplicanti pandatur" (d. h. in diesem Falle kann das Rescript noch angefochten werden): „quod autem totius negotii cognitionem tollit, et vires principalis negotii exhaurit, sine gravi partis alterius dispendio convelli non potest. Nec praescriptionis igitur peremtoriae relaxatio petatur, nec contra edictum supplicetur." (L. 2. J. C. *de precibus imperatori offerendis* I, 19.) S. insbesondere die Erklärung des Gothofredus und vgl. L. 4. Th. C. *h. t.* (Note 2.).

5) L. 3. 7. C. *de precib. imp. offer.* I, 19. L. 5. 6. C. *si contra jus, vel utilitatem publicam, vel per mendacium, fuerit aliquid postulatum, vel impetratum* I, 22. T. T. C. *ut lite pendente, vel post provocationem aut definitivam sententiam nulli liceat imperatori supplicare* I, 21. (L. 2. *h. t.* „Supplicare, causa pendente non licet, nisi vel actorum communium vel pronuntiationis editio denegetur. Qui autem terminatam rescripto vel consultatione quaestionem, exquisitio suffragio refricare conabitur, in omnem litis aestimationem adversario suo protinus condemnetur: omni venia deneganda, si quis contra haec supplicare tentaverit.") — L. 6. Theod. C. *de appellat.* XI, 30. Nov. 113.

6) Die verschiedenen Begriffsbestimmungen s. m. bei *Hofacker* principia juris civ. Rom. Germ. I. §. 112. — Glück Erläuter. der Pandekten nach Hellfeld I. S. 531. (d. 2. A.) und A. D. Weber Erläuter. der Pandekten nach Hellfeld (gedr. Collegienheft) I. (Leipzig 1820. 8.) zu §. 96. S. 42.

7) L. 6. C. *de divers. rescr.* „Sacri affatus, quoscunque nostrae mansuetudinis in quacunque parte paginarum scripserit auctoritas, non alio vultu penitus aut colore, nisi purpurea tantummodo inscriptione lustrentur: scilicet ut cocti muricis et triti conchylii ardore signentur: eaque tantummodo fas sit, proferri vel dici rescripta in quibuscunque judiciis, quae in chartis sive membranis subnotatio nostrae inscriptionis impresserit. Hanc autem sacri encausti confectionem nulli sit licitum aut concessum habere, aut quaerere, aut quocunque sperare: eo videlicet, qui hoc aggressus fuerit tyrannico spiritu, post proscriptionem bonorum omnium, capitali non immerito poena plectendo." L. 12. pr. D. *de distr. pignor.* XX, 5. — *J. O. Westenberg* D ad const. M. Aurel. Antonin. (Lugd. Bat. 1736. 4. — In Opp. T. III.) D. II. c. 2. §. 5 sqq. — Nov. 114. c. 1. u. Auth. *gloriosissim.* C. *de div. rescr.* (I, 23.). — Vgl. auch meine Beurtheil. des Städelschen Beerbungsfalles (Halle 1828.) S. 215—225.

8) L. 4. D. *de divers. rescr.* — L. 1. Th. C. *de constit. principum et edict.* I, 1. „Si qua posthac edicta sive constitutiones sine die et consule fuerint deprehensa, auctoritate careant."

9) L. 7. C. *de precib. imp. offer.* S. Note 5.

10) L. 5. C. *si contra jus vel utilitat. public.* I, 22. „Et si legibus consentaneum sacrum oraculum mendax precator attulerit, careat penitus impetratis: et si nimia mentientis inveniatur improbitas, etiam severitati subjaceat judicantis." (C. 19. X. *de rescriptis* I, 3.). L. 7. C. *de divers. rescript.* „Universa rescripta, sive in personam precantium, sive ad quemlibet judicem manaverint: quae vel adnotatio, vel quaevis pragmatica sanctio nominentur: sub ea con-

ditione proferri praecipimus, si preces veritate nitantur, nec aliquem fructum precator oraculi percipiat impetrati, licet in judicio adserat veritatem, nisi quaestio fidei precum imperiali beneficio monstretur inserta. Nam et vir magnificus Quaestor, et viri spectabiles Magistri scriniorum, qui sine praefata adjectione qualecunque divinum responsum dictaverint: et judices, qui susceperint, reprehensionem subibunt: et qui illicite dictata scribere ausi fuerint, cujuscunque scriinii memoriales, seu pragmaticarii, vel adjutores primicerii, amissione cinguli feriantur." (C. 2. X. *de rescr.* verb.: „quoniam — — in hujusmodi litteris intelligenda est haec conditio, etiamsi apponatur: *si preces veritate nitantur.*")

11) L. 2. C. *si contra jus vel utilitatem public.* „Praescriptione mendaciorum opposita, sive in juris narratione mendacium reperiatur, sive in facti, sive in tacendi fraude, pro tenore veritatis non deprecantis affirmatione datum judicem cognoscere debere, et secundum hoc de causa convenit, ferre sententiam." L. 2. C. *de legib.* („— notam infamiae subituro eo, qui vel astute ea interpretari voluerit, vel impetrato impugnare rescripto, nec habituro fructum *per subreptionem* eliciti.")

12) L. 2. C. *de dilationib.* III, 11. „Si quando quis rescriptum ad extraordinarium judicem reportaverit: dilatio ei penitus deneganda est. Illi autem, qui in judicium vocatur, danda est ad *improbanda precum mendacia*, vel proferenda aliqua instrumenta, vel testes: quoniam instructus esse non potuit, qui praeter spem ad alienum judicium trahitur." (C. Th. L. 1. *eodem ad probanda.*) *C. O. Graebe* Disq. de except. sub- et obreptionis earumque probatione. Rintel. 1788., 4. und Glück Pand. I. S. 546. Nr. 3. — A. M. iſt *J. H. Boehmer* jus ecclesiast. Protest. I. Tit. III. §. 11. — S. auch den j. R. A. (v. J. 1654.) §. 80. „Ob aber dem Impetranten bei Deciſion der ganzen Sache, ſeine narrata gleich anfangs zu verificiren, oder aber dem impetrato sive reo ſeine eingewendeten exceptiones sub- et obreptionis zu beweiſen obliege? das laſſen wir alles zu Ermeſſigung und Befindung des Richters, welcher nach geſtaltſamer und Gelegenheit der Sachen, auch deren Vmbſtändt, daraus Er ſich informiren muß, ob nemblich dem Kläger oder dem Beklagten das onus probandi vffzubinden ſeye, nach Beſcheidenheit der Rechten zu vrtheilen hat, anheimb geſtelt ſeyn."

13) L. 5. C. *de temporib. in integr. restitut.* II, 53. „— si forte quis beneficio nostro aetatis veniam fuerit consecutus: ex eo die, quo indulgentia nostra in judicio competenti fuerit intimata, *eique administratio rei propriae permissa*, ad persequendas in integrum restitutiones finiendasque causas jure tempus habeat praestitutum." — Soviel ich weiß, habe ich hier alle neueren Juriſten gegen mich; indeſſen hat dies lediglich darin ſeinen Grund, daß man die obige Stelle zu flüchtig las. — Eigenthümliche Vorſchriften über die Inſinuation der Reſcr. ſ. m. in L. 3. C. *de divers. rescript.* „Sancimus, ut authentica ipsa atque originalia rescripta, et nostra etiam manuscripta, non exempla eorum insinuentur." L. 2. C. *de dilat.* III, 11. L. 5. C. *de emancipat.* VIII, 49. „— supplicationibus porrectis mereri super hoc divinum oraculum, hocque *apud competentem judicem, ad cujus jurisdictionem actus emancipationis pertinent, insinuare.*" — Vgl. c. 59. X. *de appellat.* II, 28.

14) c. 7. 19. X. *de rescr.* c. 9. 14. *eodem* in 6to, I, 3.

§. 36.

b) Von der Verbindungskraft der Spezial-Constitutionen.

Auch die Mandate, Decrete und Rescripte haben Gesetzeskraft, so weit dies ihr Zweck und Inhalt gestattet. Das Mandat verpflichtet freilich zunächst nur den Beamten selbst, doch gilt es auch für Alle, deren Verhältnisse nach dem Inhalt derselben zu reguliren oder zu entscheiden sind, nur muß der Beamte sich auf Erfordern durch Vorlegung einer schriftlichen Instruction legitimiren [1]). Uebrigens kam auch viel allgemein geltendes und dauerndes Recht durch öftere Erneuerung von Mandaten gleichen Inhalts auf [2]). — Decrete und Rescripte sollen in ähnlichen Fällen als Entscheidungs-Norm dienen, sofern in ihnen wirklich eine Rechtsnorm angewandt oder aufgestellt wird, also mit Ausschluß derjenigen, welche nur Erklärungen über thatsächliche Verhältnisse enthalten, oder prozeßleitend sind [3]), oder zu der Classe der rein persönlichen gehören, d. h. solcher, welche Ausnahmen vom bestehenden Recht zu Gunsten oder zum Nachtheil bestimmter Personen enthalten [4]). Ueber diese Bedeutung der speziell erlassenen Constitutionen war man wohl im Wesentlichen stets einverstanden, und eben so wenig findet sich eine Verschiedenheit hierüber zwischen den Bestimmungen Kaiser Justinians und denen einiger früheren Kaiser. Weder hat Jener beabsichtigt, den bloßen Personal- und prozeßleitenden Verfügungen Gesetzeskraft zu verleihen [5]), noch haben Diese die allgemeine Verbindungskraft allen Decreten und Rescripten abgesprochen [6]), sondern sie schärfen nur unter einer Strafandrohung den sich von selbst verstehenden Grundsatz ein, daß man sich auf Personal-Constitutionen nicht wie auf Gesetze berufen dürfe [7]), und bestimmen daneben die Form der Edictal-Gesetze [8]), woraus ja noch keineswegs die Unverbindlichkeit der nicht in dieser Form ergangenen Verfügungen folgt. Auch liegt darin an sich nichts Tadelnswerthes, vielmehr befördert es eine feste und gleichförmige Justizpflege, wenn die Richter angewiesen werden, in zweifelhaften Fällen, und wo Gesetze fehlen oder dunkel sind, die Entscheidungen des Regenten oder eines ober-

sten Gerichtshofes als wirkliche Rechtsnorm zu befolgen[9]). Und in der That gilt auch Aehnliches bei uns, wenn gleich unter anderen Formen[10]).

1) L. 1. C. *de mandatis* I, 15. Vgl. übrigens die von Cujacius (obs. XII, 31.) aus den Basiliken restituirte L. 2. *eod.*

2) S. *Brissonius* de formulis III, 84. S. auch L. 1. pr. D. *de testam. milit.* XXIX, 1.

3) L. 9. in f. C. *de sentent. et interlocut.* VII, 35. Bisweilen wird der Ausdruck *interloqui* auch auf gerichtliche Verhandlungen und Entscheidungen ohne Beobachtung der regelmäßigen Prozeßform bezogen, z. B. in L. 1. §. 1. *de const. princip.* (s. *M. Ant. Mureti* comment. de constit. princip. in Otto's thesaur. IV. p. 204. 205.). L. 38. D. *de fideic. libertat.* XL, 5.

4) L. 1. §. 2. D. *de constit. princip.* (I, 4.). L. 2. C. *de legib.* „Quae ex relationibus vel suggestionibus judicantium, vel consultatione in commune florentissimorum sacri nostri palatii procerum auditorium introducto negotio statuimus, vel quibuslibet corporibus, aut legatis, aut provinciae, vel civitati, vel curiae donavimus: nec generalia sint, sed leges faciant his duntaxat negotiis atque personis, pro quibus fuerint promulgata, nec ab aliquo retractentur: notam infamiae subituro eo, qui vel astute ea interpretari voluerit, vel impetrato impugnare rescripto, nec habituro fructum per surreptionem eliciti: et judice, si dissimulaverit, vel ulterius litigantem audierit, vel aliquid allegandum admiserit, et sub quodam ambiguitatis colore ad nos retulerit, triginta librarum auri condemnatione plectendo." S. *Zepernick* zu Siccama de jud. centumv. p. 384 sqq. Löhr Uebersicht der Constit. von Theodos. II. bis auf Justinian S. 17. Note 2.

5) L. 12. C. *de legib.* „Si imperialis majestas causam cognitionaliter examinaverit et partibus cominus constitutis sententiam dixerit: omnes omnino judices, qui sub nostro imperio sunt, sciant, hanc esse legem non solum illi causae, pro qua producta est, sed et omnibus similibus. — Cum igitur et hoc in veteribus legibus invenimus dubitatum, si imperialis sensus legem interpretatus est, an oporteat hujusmodi regiam interpretationem obtinere: eorum quidem vanam subtilitatem tam risimus, quam corrigendum esse censuimus. Definimus autem omnem imperatorum legum interpretationem, sive in precibus, sive in judiciis, sive alio quocunque modo factum, ratam et indubitatam haberi." Denn ungeachtet Gajus sagt: man habe an der allgemeinen Verbindungskraft der Decrete und Rescripte nie gezweifelt (Inst. I, 5.), so wichen die Juristen doch nicht selten von ihnen ab (s. oben §. 4. Note 6. a. E. u. *Schulting* pro rescriptis §. 3. u. 4.), und überdies mochte man auch bisweilen wohl Zweifel über den Grund ihres gesetzlichen Ansehens geäußert haben, wie sich aus folgenden Worten Justinians ergiebt: „Explosis itaque his ridiculosis ambiguitatibus tam conditor, quam interpres legum solus imperator juste existimabitur: nihil hac lege derogante veteris juris conditoribus: quia et eis hoc majestas imperialis permisit." — Vgl. hiebei überh. noch: C. J. Guyet Abhandl. aus dem Civilrecht (Heidelb. 1829.) Nr. IV.

6) A. M. ist Glück Pand. I. §. 96. S. 534—537. (d. 2. A.) *J. C. Kall* de jure non scripto etc. p. 126—133.

7) L. 2. C. *de legibus.*

8) L. 3 C. *de legibus.*

9) *Schulting* a a. O. §. 7.

10) Mit dem Ansehen oberstrichterlicher Entscheidungen darf übrigens das Recht höherer Gerichtshöfe, gemeine Bescheide zu erlassen, nicht verwechselt werden. S. hierüber *T. J. Reinharth* select. observat. ad P. Christinaei decision. (Erf. 1733. f.) Vol. I. obs. 4.

§. 37.

II. Das nicht geschriebene Recht.

A) Gewohnheitsrecht.

Der Ausdruck Gewohnheit kann im subjectiven Sinne genommen werden, nämlich für die Lebens- und Handlungsweise Einzelner[1]), oder im objectiven Sinne, für Gewohnheitsrecht, oder für den Inbegriff der Rechtsnormen, welche sich durch eine allgemeine oder gleichförmige Art des Handelns ausbilden[2]). Das Gewohnheitsrecht enthält den sichersten Ausdruck dessen, was den Bedürfnissen und Sitten eines Volks entspricht, und wirkt mit unwiderstehlicher Kraft, so daß sein Ansehen vergebens durch Gesetze beschränkt wird[3]). Es lassen sich aber drei Arten des Gewohnheitsrechts unterscheiden: a) die Landes- und Orts-Gewohnheiten. Sie sind meistens auf einen kleineren District beschränkt[4]); jedoch das Röm. Gewohnheitsrecht erstreckte sich als gemeines Recht über das ganze Reich[5]), da es von einem Orte ausging, und durch zwei Organe auch äußerlich festgehalten wurde, durch die Juristen[6]), und insonderheit durch das prätorische Edict[7]). — b) Die oftmals sehr weit verbreiteten Standes-Gewohnheiten, wohin namentlich auch die s. g. Handels-Usancen gehören[8]). c) Die Observanzen, d. s. die innerhalb des Kreises einer juristischen Person, oder auch zwischen dieser und dritten Personen sich bildenden Gewohnheiten (§. 40.). — Ursprünglich beruht alles Recht auf der Volkssitte und Gewohnheit[9]). Durch das häufige Einschreiten der positiven Gesetzgebung wird aber das Bedürfniß und das Ansehen des Gewohnheitsrechts allmählig vermindert; man sucht äußere Erkenntniß-Merkmale dafür auf und unterwirft es manchen Beschränkungen[10]). Hieran wird man bei der Betrachtung dieser Lehre nach ihrem gegen-

wärtigen doctrinellen und practischen Standpuncte sich oft erinnern müssen[11]).

*) *Ger. von dem Busch* D. de consuetudine, unde et quando vim legis obtineat. Goett. 1752. 4. — (C. G. Hübner) Berichtigungen u. Zusätze zu den Institutionen d. röm. Rechts, als Anhang zu Höpfner's Commentar (Leipz. 1801.) S. 151—171. — F. Schömann Handb. d. Civilrechts Bd. I. (Gieß. 1806.) Nr. II. S. 28—64. — K. H. L. Volkmar Beiträge zur Theorie des Gewohnheitsrechts (Braunschw. 1806.). — Hugo die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten (civil. Magaz. IV. S. 89—134.). — C. C. W. Klötzer Versuch eines Beitrags zur Revision der Theorie vom Gewohnheitsrecht (Jen. 1813.). — F. Gesterding Beisteuer zur Theorie vom Gewohnheitsrecht (Archiv für civilist. Praxis Bd. IV. Nr. 18. S. 259—288.). — J. C. Lange Versuch einer Begründungslehre des Rechts (Erl. 1821. 8.) §. 15—18. — G. F. Puchta das Gewohnheitsrecht Th. I. Erl. 1808. 8. [Vgl. Unterholzner in d. krit. Zeitschr. für R. W. Bd. V. (Stuttg. 1829.) S. 372 fgg.].

1) L. 50. in f. D. *de legat.* I. („Si numerus numorum legatus sit, neque apparet, quales sint legati, ante omnia ipsius *patrisfamilias consuetudo* — exquirenda est.") L. 21. §. 1. in f. D. *qui test. fac. poss.* XXVIII, 1. L. 1. §. 23. *de aqua et aquae pluv. arc.* (XXXIX, 3.).

2) Volkmar a. a. O. §. 2—7.

3) *Fr. Connani* commentar. jur. civ. Lib. I. c. 10. Nr. 1. 2. (Spittlers) Geschichte d. can. Rechts bis auf die Zeiten des falschen Isidors S. 117 fgg. — v. Savigny in d. Zeitschr. für geschichtl. R. W. III. S. 19. a. E. u. S. 20., und dessen Abhandl. vom Beruf unserer Zeit f. Gesetzgebung u. R. W. (2. A. Heidelb. 1828.) S. 173. — W. H. Puchta das Institut der Schiedsrichter (Erl. 1823.) S. 19 fg. Note *. — Puchta Gew. R. S. 228 fgg. (Nr. 3.) — S. auch L. 36. D. *de legibus, SCtis et longa consuetudine.* „Immo magnae auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum comprobatum est, ut non fuerit necesse iscripto id comprehendere." Abweichend hievon betrachten viele Juristen die Gesetzgebung als die einzige Quelle für das positive Recht. (Vgl. Schömann a. a. O. S. 43. — Volkmar §. 8. — Klötzer §. 9. Leipz. L. Z. v. 1833. St. 155. S. 1158.) Ja es fehlt auch nicht an solchen, welche die „praestantia juris scripti prae jure consuetudinario" vertheidigen, z. B. *Busch* a. a. O. §. 44.

4) Daher auch die häufige Erwähnung der Local-Gewohnheiten in unseren Rechtsquellen, z. B. in der L. 4. D. *de feriis* (II, 12.). L. 6. §. 1. in f. D. *quod cujusq. univ. nomine* (III, 4.). L. 71. in f. D. *de contrah. emt.* XVIII, 1. L. 3. §. 6. D. *de testib.* (XXII, 5.) L. 1. §. 15. D. *de ventre inspic.* (XXV, 4.). L. 32. §. 6. D. *de adm. et per. tut.* (XXVI, 7.) L. 34. D. *de regul. per.* L. 3. C. *de aedific. privat.* (VIII, 10.). (Vgl. Puchta Gewohnheitsr. S. 74 fgg. S. 220. S. 224 fgg.). Doch giebt dem obigen Satze wohl eine zu weite Ausdehnung Hufeland: Giebt es allgemeine Gewohnheiten im juristischen Sinne? in den Beiträgen zur Berichtig. u. Erweiterung der posit. Rechtswissensch. St. I. (Jena 1792.) Nr. I. — S. Eichhorn deutsches Privatrecht §. 26.

5) L. 32. pr. D. *de legibus.*

6) Zimmern Rechtsgesch. §. 15.

7) Savigny vom Beruf u. s. w. (2. A.) S. 17. — Puchta a. a. O. S. 40 fgg. S. 44. S. 59.

8) Unterholzner a. a. O. S. 374. Note 2. — Vgl. J. G. Büsch über Handlungsusanzen (Handlungsbibliothek, herausgeg. von Büsch und Ebeling, Bd. I. Hamb. 1785. S. 241—271. u. S. 660—681.). — Seuffert im Archiv für civilist. Praxis Bd. XI. Abhandl. XVI. Nr. I. S. 357 fgg.

9) *Cic.* de invent. II, 53. „Ejus (justitiae) initium est a natura profectum; deinde quaedam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt; postea res, et a natura profectas et a consuetudine probatas legum metus et religio sanxit." *Id.* ibid. II, 22. — v. Savigny vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung u. R. W. S. 8—15.

10) Vgl. Puchta a. a. O. S. 91 fg. (Cap. VIII.) u. S. 172—179. — Welcker System u. s. w. I. S. 138 fg. (Note 24a.).

11) Unterholzner a. a. O. S. 379. Vgl. die Note 11. des folg. §.

§. 38.

Erkenntnißgrund und Merkmale des Gew. R.

Das Gewohnheitsrecht beruht auf altem Herkommen, und gleichsam auf stillschweigender Uebereinkunft und Anerkennung derer, die nach einer gewissen Regel gehandelt haben[1]). Also I) muß feststehen, daß eine gewisse Norm durch allgemeine Befolgung als Recht anerkannt sei. Dies setzt voraus, daß die Handlungen, wodurch das Gewohnheitsrecht bewiesen werden soll[2]), gleichartige[3]), häufig vorgekommene[4]), altherkömmliche[5]) und offenkundige seien[6]); auch darf der Gebrauch weder schwankend und unsicher[7]), noch seit langer Zeit wieder unterblieben seyn[8]). Und da II) der Sitte und dem Herkommen nichts zugeschrieben werden darf, was blos zufällig und ohne Ueberlegung geschehen ist, eben so wenig aber Rechtspflichten durch Handlungen begründet werden können, welche mit dem vollen Bewußtseyn erfolgen, daß ihnen keine rechtliche Verbindlichkeit zu Grunde liege: so folgt von selbst, daß die Handlungen mit Willensfreiheit geschehen, zugleich aber auch durch rechtliche Ueberzeugung (opinione necessitatis, wie man gewöhnlich sagt) bestimmt seyn müssen[9]). Ferner III) sollen die Gewohnheiten wohlhergebrachte seyn; was also den guten Sitten und der Vernunft zuwiderläuft, so fest gewurzelt bisweilen auch die darauf gegründeten Vorurtheile sind, kann nie ein Recht werden[10]). Endlich IV) nach bestimmten Rechtsvorschriften sollen auch keine Ge-

wohnheiten wider gebietende und verbietende Gesetze aufkommen[11]). — Treffen nun aber die hier bestimmten Voraussetzungen zusammen, so bedarf es weder der richterlichen Bestätigung[12]), noch der Einwilligung des Gesetzgebers[13]), damit die Gewohnheit für gehörig begründet gelte.

1) *Cic.* de invent. II, 2. „Consuetudinis autem jus esse putatur id, *quod voluntate omnium* sine lege vetustas comprobavit." *Ibid.* 54. „— quod in morem vetustas, vulgi *approbatione* perduxit." — *Ulp.* Fr. I, §. 4. „Mores sunt *tacitus consensus populi* longa consuetudine inveteratus." — §. 9. I. *de J. N. G. et C.* „Diuturni mores, *consensu utentium comprobati.*" — L. 32. in f. D. *de legib.* „— *tacito consensu omnium.*" — L. 35. *eod.* „— quae longa consuetudine comprobata sunt, — *velut tacita civium conventio*, non minus, quam ea, quae scripta sunt jura, servantur." — Es ist übrigens wohl kaum nöthig zu bemerken, daß die Ausdrücke: „*voluntas populi*, *consensus populi*, *tacita civium conventio*" u. a. hier nicht buchstäblich zu verstehen, sondern nur sinnbildliche Redensarten sind, wodurch bezeichnet wird, daß rechtliche Gewohnheiten aus der Volkssitte und einer gemeinsamen Ueberzeugung entspringen. (Vgl. Puchta Gew. R. S. 79. 99. 149. Note 3. Unterholzner a. a. O. S. 373 fg. Nr. 1.) Darum darf man denn auch das G. R. nicht mit Privatautonomie verwechseln (Puchta a. a. O. S. 159 fg. S. 207 fg.); wer dies dennoch thut, und nicht etwa den Ausdruck Autonomie in einem sehr allgemeinen und ungewöhnlichen Sinne versteht, wird genöthigt seyn, die verbindende Kraft des G. R. auf die wirklich Einwilligenden zu beschränken. S. übrigens Welcker System u. s. w. I. S. 167 fgg. u. Fritz Erläuter. zu Wenings Lehrb. I. S. 36.

2) Diese Handlungen werden auch „actus consuetudinis introductivi" genannt. Diesen Namen halten für unpassend Puchta (Gew. R. S. 83. 92. 109. 170—179.) und Welcker (System u. s. w. I. S. 139. Note 24 a. a. E.), indem sie mit *Hofacker* (princip. jur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 123. not. b.) der Meinung sind, daß durch die Handlungen nicht erst das Recht begründet werde, sondern daß dieselben nur als Merkmale einer bereits begründeten gemeinsamen Ueberzeugung anzusehen seien. Vgl. auch *Kall* observat. de jure non scripto etc. p. 273 sq. S. übrigens die sehr wahre Bemerkung Unterholzner's a. a. O. S. 376 fg. (Nr. 6.).

3) L. 1. C. *quae sit longa consuetudo* VIII, 53. „— quae — *in eodem controversiarum genere* servata sunt". — L. 3. C. *de aedific. privat.* VIII, 10. Thibaut Pand. §. 19. a. E.

4) L. 1. C. *quae sit longa consuet.* „— quae in oppido *frequenter* servata sunt". — Vgl. auch die folg. Note.

5) L. 32. D. §. 1. *de legib.* „*inveterata* consuetudo". L. 33. *eod* „*diuturna* consuetudo". L. 35. *eod.* „quae *longa* cosuetudine comprobata sunt ac *per annos plurimos observata*". L. 38. *eod.* „rerum *perpetuo similiter judicatarum* auctoritas". L. 2. C. *h. t.* „— *usus longaevus*". L. 3. C. *h. t.* „*antiquitus probata et servata tenaciter* consuetudo." L. 3. pr. C. *de privileg. scholar.* XII, 30. „— consuetudo *vetustissima* et *jugiter observata*". — Wie oft und wie lange nach einer Regel gehandelt seyn müsse, läßt sich nicht bestimmen; es muß dem richterlichen Ermessen anheim gestellt bleiben, ob mit Sicherheit auf eine herrschende Sitte geschlossen werden könne. S.

Connanus a. a. O. Nr. 5. 6. — *H. Donellus* Commentarii jur. civil. I. c. 10. §. 2. 3. — *Noodt* ad Tit. Dig. de legib. (opp. T. II.) p. 13. A. — Volkmar §. 37. — Vgl. Thibaut Pandectenrecht §. 18. — Dagegen darf man sich auch nicht auf die Stellen im can. Recht berufen, welche von einer „consuetudo legitime praescripta" sprechen (z. B. c. 1. X. *h. t.* I, 4. c. 50. X. *de elect.* I, 6. c. 3. *h. t.* in 6. I, 4. c. 9. *de officio ordinario* in 6.). Vgl. Klötzer S. 116 fgg. — A. M. ist Dabelow üb. die Verjährung II. §. 130—134. und Puchta Syst. des gem. Civilr. S. 9. — Den Unterschied zwischen Verjährung und Gewohnheit sucht zu bestimmen Klötzer a. a. O. S. 301—310.

6) Glück Einleit. in das Stud. des Röm. Privatrechts §. 6. Nr. I, 5. (S. 39 fg.). — Klötzer §. 35. — *Kall* l. l. p. 271 sq. (Nr. V.).

7) Volkmar a. a. O. §. 43. Klötzer §. 34.

8) Volkmar a. a. O. §. 41.

9) *Hofacker* princ. jur. civ. Rom. Germ. §. 123. I. Glück zu Hellfeld Bd. I. §. 56. Nr. IV. Gesterding a. a. O. S. 263 fg. *Kall* l. l. p. 260—262. (Nr. II.). — Hübner a. a. O. S. 164—169. (Nr. 8.). — Puchta S. 101 fg. — Hierauf wird die in der folg. Note abgedruckte Stelle von Celsus (L. 39. D. *de legib.*) von Manchen nicht ohne Grund bezogen. S. z. B. *Smallenburg* not. ad Dig. T. I. p. 107 sq. Hübner, Gesterding, Puchta a. a. O. Anders freilich die Basiliken; s. die folg. Note.

10) L. 39. D. *de legib.* „Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet." [*Basilicor.* Libr. II. Tit. I. Fr. 47. (T. I. p. 35. bei Fabrotus oder p. 40. bei Heimbach. Letzterer übersetzt das dazu gehörige schol. so: „Ut alapam dare manumisso, quod, quia contra rationem est — sublatum est; tunc enim consuetudo ut consuetudo obtinet, quum non est sine ratione"). — *Noodt* l. l. (opp. T. II. p. 13 a). *Schulting* in enarr. part. primae Dig. h. t. §. 18. Klötzer S. 128. 137. *Kall* l. l. p. 263—266. (III, A. B.)] c. 11. X. *h. t.* „— nisi sit rationabilis". (Vgl. L. 2. C. *h. t.*) Nov. 134. c. 1. (nach der Uebersetzung von Homberg): „Quae male excogitata sunt, ea nec longa consuetudine confirmare volumus." (*Quinctil.* inst. orat. I, 6. in f. „consuetudinem sermonis vocabo consensum eruditorum, sicut *vivendi*, *consensum bonorum.*") c. 3. 10. X. *h. t.* („— cum in patria vestra servatae sint hactenus duae consuetudines abusivae, una, quod si (quis) — dissipaverit vel amiserit bona sua, bona uxoris suae — pro suae voluntatis libitu alienat. (Altera,) quod si vir ducat uxorem, quae — committat adulterium, nihilominus ipsa medietatem omnium bonorum, quae fuerit vir adeptus, impudenter exigit — — —. (Nos) tenore praesentium declaramus, vos non teneri ad hujusmodi consuetudines observandas." — P. H. G. O. Art. 218. „Daß Mißbräuche und böse unvernünftige Gewohnheiten, so an etlichen Orten gehalten werden, sollen abgeschafft seyn." — Beispiele s. bei Wernher in den observatt. forens. T. I. P. IV. obs. 92. u. bei Klötzer a. a. O. S. 131 fgg.

11) L. 1. pr. D. *de usuris* XXII, 1. „Usurarum modus ex more regionis — constituitur: *ita tamen, ut legi non offendat.*" Puchta (a. a. O. S. 77. Note 5.) meint, daß man diese Stelle überall nicht auf Gewohnheitsrecht beziehen dürfe. Aber warum nicht? Es wird ja ganz deutlich und allgemein gesagt, daß gegen Prohibitiv-Gesetze kein Ortsgebrauch aufkommen soll. S. auch das Schol. der Basiliken T. III.

p. 388 a.) — c. 26. in f. X. *de testib.* II, 20. „— non obstante illa consuetudine, *utpote juri contrariâ*". — c. 26. X. *de testam.* III, 26. — (Vgl. *Kall* l. l. p. 266—268. Nr. C. Welcker System u. s. w. I. S. 569. in der Note (Nr. IV.) — Freilich wird eine Uebertretung von Polizei- und überhaupt von blos positiven Strafgesetzen weniger streng gerügt, wenn lange Zeit hindurch und auf offenkundige Weise dagegen gehandelt ist (*Plin.* epist. X. 15. 16.); auch fehlt es keineswegs an Beispielen, daß dergleichen Gesetze durch veränderte Sitten und Umstände gänzlich außer Gebrauch gekommen sind (vgl. Unterholzner a. a. O. S. 380 a. E. fg.). Dies aber kann der Regel selbst keinen Eintrag thun.

12) Dagegen darf man sich auch nicht auf L. 44. D. *h. t.* berufen. „Cum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam *contradicto aliquando judicio* consuetudo firmata sit." (*Basilicor.* L. II. T. I. fr. 34. „*Τότε κεχρήμεθα τῇ συνηθείᾳ τινὸς πόλεως ἢ ἐπαρχίας, ὅτε ἀμφισβητηθεῖσα ἐν δικαστηρίῳ ἐβεβαιώθη.*" — Vgl. c. 25. X. *de V. S.* V, 40. in m. „Nec dici poterat, quod consuetudo aliqua quasi contradicto judicio fuerit introducta" —.). S. *H. Donellus* l. l. §. 4. — *Eckhardt* Hermeneut. §. 303. not. *. — *J. E. L. Püttmann* interpretat. et observat. Lib. singular. (Lips. 1763. 8.) c. 19. — Glücks Erläuterung der Pand. I. §. 86. Note 16. S. 472 fgg. — Volkmar §. 44. — Puchta S. 96—98. — *Kall* p. 268—271. (Nr. IV.).

13) Noch vor nicht langer Zeit behauptete man gemeinhin das Gegentheil, und nur darüber wurde gestritten, ob eine im Voraus erklärte Bestätigung aufkommender Gewohnheiten genüge, oder ob die Einwilligung des Gesetzgebers speziell, wenn auch nur stillschweigend, an den Tag gelegt seyn müsse. Auf diese Streitfrage ist die Abhandlung von Schöman zunächst gerichtet; vgl. auch Volkmar a. a. O. §. 12. 16. 32. und Klötzer §. 14—21. Da indessen Gewohnheiten früher waren als Gesetze (§. 37. Note 9.), mithin es ursprünglich zu ihrer rechtlichen Giltigkeit der Autorität eines Gesetzgebers nicht bedurfte, so folgt mit Nothwendigkeit, daß dieselbe auch nicht zum Wesen des G. R. gehören könne, wenn sie gleich durch neuere Gesetze bisweilen vorgeschrieben zu seyn pflege. — Vgl. Hugo a. a. O. S. 126 fgg. Puchta a. a. O. S. 209—213. — Eine allgemeine und im Voraus erklärte Bestätigung des Gewohnheitsrechts findet sich übrigens schon in den bei uns geltenden Rechtsquellen ausgesprochen; z. B. P. H. G. O. Art. 104. C. G. O. v. 1555. Th. I. Tit. XIII. §. 1. J. R. A. Art. 105. S. auch den folg. §. Note 1. und *Kall* a. a. O. p. 23 sq. p. 30 sq. p. 45 sq. p. 53 sqq.

§. 39.

Das Ansehen des Gewohnheitsrechts.

Gewohnheitsrecht gilt im Ganzen so viel als Gesetz[1]). Durch Gewohnheiten können also nicht blos Lücken der Gesetzgebung ausgefüllt[2]), sondern auch vorhandene Gesetze ausgelegt[3]) und aufgehoben werden[4]), geschehe dies durch Einführung einer entgegenstehenden Regel, oder durch reine Entwöh-

nung[5]). Jedoch gilt dies nicht ohne Einschränkung (s. §. 38. Note 11.); auch unterscheidet sich das G. R. vom geschriebenen Recht noch dadurch, daß die Grundsätze von der juris ignorantia sich auf ersteres nur mit sehr großen Einschränkungen anwenden lassen[6]), wie es denn keineswegs zum Kreise richterlicher Pflichten gehört, Gewohnheitsrechte zu kennen[7]), falls sie nicht gerichtskundig sind, oder doch von ihm am ersten ermittelt werden können. Bedarf daher das Gewohnheitsrecht eines eigentlichen Beweises, so hat diesen derjenige zu führen, welcher sich darauf beruft[8]), und dem Richter liegt es in der Regel nicht ob, das Daseyn der behaupteten Gewohnheit zu erforschen[9]). Freilich stehen deshalb die blos factischen Behauptungen mit der Berufung auf ein Gewohnheitsrecht noch nicht auf gleicher Stufe; der Richter muß vielmehr die ihm bekannten Gewohnheiten von Amtswegen zur Anwendung bringen, auch die dafür sprechenden Zeugnisse aus gerichtlichen Acten und anderen Urkunden, welche ihm zur Hand sind, zu erforschen bemüht seyn, weshalb denn die Parteien zum Beweise eines Gewohnheitsrechts nicht selten auf ein Gerichtszeugniß provoziren.

1) L. 32. §. 1. D. *h. t.* „Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, — Nam cum ipsae leges nullâ aliâ ex causâ nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes." (Vgl. Welcker Staat, Recht u. Strafe S. 510—512. Note e. u. Puchta S. 84—87. 90., welche freilich diese Stelle sehr verschieden erklären.) — §. 9. I. *de J. N. G. et C.* „Diuturni mores, consensu utentium comprobati, *legem imitantur.*" L. 35. *h. t.* „— Ea, quae longa consuetudine comprobata sunt —, *non minus quam ea, quae scripta sunt jura, servantur.*" L. 1. C. *h. t.* „Et *consuetudo praecedens*, et *ratio, quae consuetudinem suasit, custodienda est.* Et *ne quid contra longam consuetudinem fiat*, ad sollicitudinem suam revocabit Praeses provinciae." L. 3. C. *eod.* „*Leges — consuetudo imitatus et retinet.*" — pr. I. *de offic. judic.* L. 31. §. 20. in f. D. *de aedilit. edicto* XXI, 1. L. 3. §. 6. D. *de testib.* XXII, 5. L. 4. §. 2. D. *de publicanis et vectigal.* XXXIX, 4. „In omnibus vectigalibus consuetudo spectari solet." — §. 3. I. *de testam.* L. un. C. *de dedit. libertate toll.* VII, 5. Nov. 106. — Puchta S. 113—116.

2) Man nennt sie alsdann consuetudines praeter legem, wovon die L. 33. D. *h. t.* zu verstehen ist: „Diuturna consuetudo pro jure et lege in his, quae non ex scripto descendunt, observari solet." Allerdings deutet diese Stelle darauf hin, daß die meisten Gewohnheiten sich praeter legem ausbilden.

3) L. 37. 38. D. *h. t.* „Si de interpretatione legis quaeratur, inprimis inspiciendum est, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa

fuisset: *optima enim est legum interpres consuetudo.*" — „Imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem, vim legis obtinere debere." c. 8. X. *h. t.* — A. M. ist *Schweitzer* de desuetudine p. 64. not. 28. — Hübner a. a. O. S. 157. 158.

4) §. 11. I. *de J. N. G. et C.* „Ea, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent, vel tacito consensu populi, vel alia lege postea lata." L. 32. in f. D. *h. t.* „Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur." — Dagegen ist auch nicht die L. 2. C. *h. t.* „Consuetudinis ususve longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem." Ueber die verschiedenen Auslegungen der Stellen s. m. *Connanus* a. a. O. Nr. 9—11. — *H. Donellus* a. a. O. §. 6. — *Ulr. Huber* Praelect. ad Just. Tit. II. Nr. 12. — *Noodt* a. a. O. p. 13. — *Jos. Averanii* interpret. jur. (Libr. V. Lugd. 1751. 4.) Libr. II. c. 1. — *Hofacker* princ jur. civ. Rom. Germ. § 122. not. b. — Höpfner und Weber im Institutionen-Commentar §. 58. a. E. u. Note 15. — Schöman a. a. O. S. 40. Note *. — Welcker Recht, Staat u. Strafe S. 513. Note f. — Die Bestimmungen des can. Rechts sind einander widersprechend (vgl. c. 5. D. I. c. 7. D. XI. c. 9. X *h. t.* c. 8. et 11. *eod.* — s. Puchta S. 184—190. Nr. 2. —), weshalb man hier das consequentere Civilrecht befolgen muß. Uebrigens s. m. noch Klötzer a. a. O. §. 22—28.

5) Pr. I. §. 5. C. *deo auctore* (*de concept. Dig.*) §. 10. L. 32. in f. D. *h. t.* Vgl L. 1. §. 1. D. *de interrogator. actionib.* XI, 1. „Interrogatoriis autem actionibus *hodie non utimur*, quia nemo cogitur, ante judicium de suo jure aliquid respondere; ideoque — *in desuetudinem abierunt.*" Nov. 89. c. 15. A. M. *Chr. Guil. Schweitzer* de desuetudine libell. singular. (Lips. 1801.) c. III—V. — Hübner a. a. O. S. 159.

6) *Volkmar* §. 45—57. Vgl. unten den §. 50.

7) Vgl. Puchta S. 233.

8) L. 1. C. *h. t.* „Praeses provinciae, *probatis his*, quae — frequenter — servata sunt." — A. D. Weber über die Verbindl. zur Beweisführung im Civilprozeß II, 3. N. Borst über Beweislust im Civilprozeß §. 5. — Ueber den Beweis des Gewohnheitsrechts s. *Jo. Voet* in comment. ad Pand. I, 3. §. 32—35. — *Diet. Herm. Kemmerich* Lib. de probatione consuetudinis et observantiae (Hal. 1773. 4.), besonders Sect. II. u. III. — Glück Pand. I. §. 87.

9) A. M. ist Lange Begründungslehre des Rechts §. 16 und Puchta S. 104—112. (Cap. IX.). Allein, daß der Richter das Recht kennen müsse, ist ja überhaupt keine ausnahmlose Regel, wie denn namentlich auch über auswärtiges Recht Beweis verlangt wird (s. Weber a. a. O.). Wenn es nun unmöglich ist, dem Richter zuzumuthen, daß er alle Gewohnheiten kenne, so muß es ihm auch freistehen, das Daseyn des G. R. zum Beweise zu verstellen. Zwar heißt es im Röm. Recht: judicantis esse, explorare consuetudines (L. 3. §. 6. D. *de testib.* XXII, 5.; vgl. auch Nov. 106. pr.). Indessen eines Theils war überhaupt der Röm. Richter beim Beweisverfahren unmittelbarer thätig, als der heutige, anderen Theils giebt es allerdings nicht wenig Fälle, wo der Richter von Amtswegen das Gewohnheitsrecht anwenden und feststellen muß; s. was darüber am Schluß des §. gesagt ist.

§. 40.

Die Observanz.

Gewöhnlich erklärt man die Observanz für einen stillschweigenden Vertrag unter den Mitgliedern einer juristischen Person, und erfordert also zu ihrer Begründung weder eine Reihe von Handlungen, noch eine Zeitdauer[1]). Indessen ein stillschweigender Vertrag gehört eben so gut zum jus scriptum, als ein ausdrücklicher, und sowol der Begriff, den man im gemeinen Leben mit dem Ausdruck Observanz zu verbinden pflegt, als die Etymologie des Worts, schließen die Anwendung desselben auf das geschriebene Recht aus[2]). Will man ihm daher eine eigenthümliche Bedeutung beilegen, so ist es wohl am angemessensten, darunter das für juristische Personen geltende Gewohnheitsrecht zu verstehen. Damit stimmt denn auch der gemeine Sprachgebrauch überein, wie denn z. B. so oft von Gerichts-Observanzen die Rede ist. Man kann aber auch hier wieder eine dreifache Klasse solcher Gewohnheiten unterscheiden. I. Gewohnheitsrecht, welches sich unter den Mitgliedern einer juristischen Person ausbildet, und nur für diese gilt. II. Das durch Gleichförmigkeit im Urtheilen bei einem Gerichtshofe sich ausbildende Recht, welches für Alle gilt, deren Angelegenheiten hier geschlichtet werden; dies ist die „rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas", welche wenigstens in Beziehung auf die Auslegung zweifelhafter und dunkler Rechtssätze Gesetzeskraft hat[3]). III. Das durch gegenseitige Handlungen juristischer Personen und Dritter sich ausbildende Gewohnheitsrecht[4]), wohin unter anderen gehört, das zwischen einem Gerichtshof und den Sachwälten über die Art und Weise der Anmeldung, des Auftretens und der Curialien gewohnheitsrechtlich begründete Verhältniß. Dies bildet einen Theil des stylus curiae, ein Begriff, welcher indessen viel mehr noch umfaßt, indem er überhaupt auf die Art und Weise des Geschäftsgangs bezogen wird[5]). Dieser kann sich auch durch Gleichförmigkeit im Urtheilen ausbilden, so wie durch ein stetes Handeln der Mitglieder nach derselben Norm (z. B. über die Art zu referiren, zu votiren u. s. w.), mithin zu allen drei Klassen der Observanzen gehören. — Schwan-

kender sind die Ausdrücke Praxis und Gerichtsgebrauch, die man billig nur gebrauchen sollte, wenn die Bedingungen einer rechtsverbindlichen Gewohnheit oder Observanz vorhanden sind [6]).

1) *Hofacker* princ. jur. Rom. Germ. §. 127. II. — Glück Erläuter. der Pand. I. §. 84. a. E. Desselben Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts §. 6. S. 37. — *Günther* princ. jur. Rom. noviss. §. 6. not. a. §. 146. II. — (Vgl. *Kemmerich* D. de probat. consuetud. Sect. I. §. 4. 5.)

2) Vgl. L. 12. §. 5. C. *de reb. cred.* (IV, 1.) „— *observationem judicialem* permanere censemus". (Aehnliche Ausdrücke finden sich in §. 6. I. *de satisdat.* L. 4. C. *de sent.* VII, 45. — S. auch *J. C. Kall* obs. de jure non scripto etc. p. 257 sq. p. 279.)

3) L. 38. D. *de legib.* (Vgl. Klötzer a. a. O. §. 45. S. 287—296. — Gesterding a. a. O. §. 14.)

4) Ein Beispiel s. man in der L. 3. C. *quae sit longa consuet.* „Quod officiis, curiis, civitatibus, principibus, vel collegiis praestitum fuisse cognoscitur, perpetuae legis vicem obtinere statuimus."

5) *S. Stryk* D. de stylo curiae (Frcf. 1670. auch in der Diss. collect. Frcf. 1691. Vol. I. Nr. 23.). Stryk definirt den Stylus curiae als eine „consuetudo judicialis, determinans ordinem et modum procedendi in judicio observandum." c. I, 43. — Vgl. Klötzer §. 43. — Ein Beispiel enthält die L. 12. §. 5. C. *de reb. cred.* IV, 1. „In omnibus autem casibus, in quibus sacramenta praestantur, *observationem judicialem* permanere censemus." S. auch L. 11. in f. C. *de injur.* IX, 35.

6) Glück Einleitung u. s. w. S. 95. — C. v. Weyhe wissenschaftliche Bearbeitung des allgem. deutschen Privatr. (Gött. 1815.) §. 52. 55. — J. A. Seuffert Erörterungen einzelner Lehren des Röm. Privatrechts (Abth. I. Würzb. 1820.) Nr. VI. S. 31—35. — Die Abhandl. von W. Müller über die Natur des Gerichtsgebrauches und dessen Gesetzeskraft (in dessen civilist. Abhandl. I. Gießen 1833. Abhandl. V.) gehört nicht sowol hieher, als zu dem Inhalte der §§. 43. und 64.

§. 41.

B) Autoritäten.*)

Der Jurist kommt bisweilen in die Lage, sich auf Autoritäten zu stützen, die keine Gesetzeskraft haben, um sich zu beruhigen und Anderen die Ueberzeugung zu verschaffen, daß nicht übereilt und einseitig verfahren sei. Dahin gehören a) die s. g. Präjudicien, auch wenn ihnen das Ansehen der res *perpetuo* similiter judicatae noch nicht zur Seite steht. Blindlings soll man ihnen freilich nicht folgen [1]), auch ist man überhaupt nicht verpflichtet, sie zu beachten; nicht leicht aber

wird der verständige und vorsichtige Richter in schwierigen Fällen die über ähnliche Verhältnisse erfolgten Entscheidungen der Gerichtshöfe und Spruchcollegien unberücksichtigt lassen[2]). b) Eben so verhält es sich mit dem Berufen auf Doctrinal-Meinungen[3]), obwohl man dies, besonders aber die Berufung auf eine s. g. communis Doctorum opinio[4]), häufig gemißbraucht hat[5]).

*) Lange a. a. O. §. 22. 23.

1) Dies ist der Sinn des Satzes: non exemplis sed legibus esse judicandum; L. 13. C. *de sentent. et interlocutionib.* VII, 45.

2) *Hofacker* princ. jur. Rom. Germ. §. 127. in f. („in rebus et ubi interpretationi doctrinali locus est, in argumentii forensibus cautius est, antecessorum auctoritatem sequi, quam suo sensu nimis abundare.") Vgl. oben §. 36. a. E. — *J. C. Kall* obs. de jure non scripto etc. §. 15. p. 203 sqq.

3) S. §. 7. zu Anfang. — J. Möser patriotische Phantasien Bd. I. Nr. XXII. (Schreiben eines alten Rechtsgelehrten über das sogenannte Allegiren.)

4) *Arth. Duck* de usu et auctor. jur. civ. Lib. I. c. 8. §. 3—16. — *Reyher* D. de remissione invent. a testatore — facta (Kil. 1690. 4.) §. 18. „Extra vero controversiam ferme est positum, communem opinionem habere vim legis et consuetudinis, cum a multis veritas potius haberi possit, quam a paucis, et clara atque aperta res dicatur, pro qua est communis opinio, quandoquidem veritas et communis opinio aequiparantur."

5) A. D. Weber über die Proceßkosten, deren Vergütung u. Compensation §. 10. 11. — Vgl. auch Puchta Gew. R. S. 164 fg.

§. 42.

C) Consequente Schlußfolgerungen aus gegebenen Begriffen.

Zum nicht geschriebenen Recht kann man auch rechnen, was durch consequente Schlußfolgerungen aus gegebenen Begriffen abgeleitet wird[1]). Dahin gehört a) die Berücksichtigung der s. g. Natur der Sache, d. h. was aus gewissen allgemeinen Rechtsbegriffen und Einrichtungen abgeleitet werden kann; b) die Analogie, d. i. das Schließen vom Aehnlichen auf Aehnliches (§. 64.). — Beides beruht auf der Voraussetzung, daß durch die Aufstellung oder Anerkennung eines Prinzips im Voraus auch das gebilligt ist, was mit Nothwendigkeit aus demselben folgt. Nur dadurch unterschei-

den sich beide von einander, daß dort aus dem Allgemeinen das Besondere hergeleitet wird, hier die Aehnlichkeits-Puncte mehrerer Fälle die Grundlage für die Schlußfolgerung bilden.

1) *J. C. Kall* observ. de jure non scripto etc. p. 146.

§. 43.

D) Die Aequitas*) (s. g. Billigkeit).

Das Streben der Gesetzgeber und Richter soll stets darauf gerichtet seyn, wesentliche Rechtsgleichheit für die dem Gesetze unterworfenen Individuen zu bewirken[1]). Die Bildungsgeschichte des Röm. Rechts bezeugt, daß dieser Grundsatz von jeher in Rom befolgt wurde[2]). Fragen wir nun, inwiefern auch heut zu Tage die Aequitas vom Richter berücksichtigt werden darf[3]), so lassen sich hierüber drei Hauptregeln aufstellen. Erstlich, der Richter darf und soll den Buchstaben des Gesetzes verlassen, da wo eine buchstäbliche Anwendung mit dem Zwecke der Vorschrift offenbar im Widerspruch stehen würde[4]), überhaupt aber die individuellen Umstände des Falls nach Möglichkeit berücksichtigen[5]). Zweitens, er soll bei der Beurtheilung von Handlungen hauptsächlich auf die Gesinnung des Handelnden sehen, insbesondere aber es nicht geschehen lassen, daß die Berufung auf das Recht zum Deckmantel der Unredlichkeit und Chicane diene[6]). Drittens darf er, selbst ohne ausdrückliche Zustimmung des Gesetzes, Klagen und Einreden gestatten, auch in den vorigen Stand wieder einsetzen, um Nachtheile abzuwenden, die sonst Jemand wider Recht und Billigkeit leiden würde[7]). Doch mit folgenden Einschränkungen: I. es darf dadurch das Recht Anderer nicht verletzt werden; II. daß ein Gesetz hart und drückend ist, hindert dessen buchstäbliche Anwendung nicht, sobald die ausdrückliche Bestimmung oder der Zweck des Gesetzes eine solche Anwendung erheischen[8]). Denn eine Aufhebung oder Abänderung des Gesetzes steht nicht dem Richter, sondern dem Gesetzgeber zu[9]). Eben so wenig ist ihm III. die Einführung neuer Rechtssätze aus Gründen der legislativen Politik gestattet[10]), noch steht es ihm IV. zu, unvollkommene oder s. g. Liebes-Pflichten zu Rechtspflichten zu er-

heben[11]); endlich V. darf er sich nie durch ein subjectives Gefühl bestimmen lassen (keine s. g. aequitas cerebrina üben), sondern, auch wenn er der Billigkeit folgt, so müssen doch die Gründe, welche ihn leiten, durch den Verstand abgewogen und gebilligt seyn[12]).

*) *Fr. Connani* commentarii jur. civ. Lib. I. c. XI. — *H. Donellus* commentarii jur. civil. Lib. I. c. XIII. §. 11—14. — *J. L. Conradi* or. de juris et aequitatis inter se consensu (opusc. Vol. I. p. 317—366.). Rapolla der Rechtsgelehrte u. s. w. (übersetzt von Griesinger) S. 95—107.

1) *Cic.* de or. 1, 42. de off. I, 19. („servare aequitatem, quae est justitiae maxime propria"). ib. II, 12. („Jus enim semper quaesitum est aequabile, neque enim aliter esset jus"). Top. c. 2. Or. pro Caecina c. 27. 28. de invent. I, 2. Lael. 5. — L. 20. in f. D. *de re jud.* XLII, 1. Welcker die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe S. 475 fgg. Dessen System u. s. w. S. 624—630. u. das. Note 485—494.

2) §. 5. 7. 31.

3) L. 90. D. *de reg. jur.* „In omnibus, maxime tamen in jure, aequitas spectanda est." L. 8. C. *de judiciis* III, 1. „Placuit, in omnibus rebus praecipuam esse justitiae aequitatisque quam stricti juris rationem." (Haloander schaltet nach dem Worte *aequitatisque* noch ein: *scriptae.* S. dagegen *Connanus* a. a. O. Nr. 6. — *Fr. Duarenus* disput. anniversar. Lib. II. c. 18. opp. p. 1068. — *H. Donellus* a. a. O. §. 12. Die Ausgabe von Gebauer zu dieser Stelle Note 28.). — Vgl. *Cic.* pro Caecina 28. „Nego, ullam rem esse, quae aut comprehendi satis, aut caveri, aut excipi possit, si aut praeterito aliquo verbo, aut ambigue posito, sententia et re cognita, non id, quod intelligitur, sed id, quod dicitur, valebit."

4) *Cic.* de off. I, 10. „*summum jus*, *summa injuria* factum est, jam tritum sermone proverbium." — L. 91. §. 8. D. *de V. O.* XLV, 1. „— esse hanc quaestionem de bono et aequo, *in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose erratur.*" L. 183. D. *de reg. jur.* „Etsi nihil facile mutandum est ex solemnibus, tamen, ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est." — S. unten §. 65. Note 2.

5) *Cic.* de off. I. 34. in f. — Cf. *Quinctil.* instit. orat. VII. praef. in f. „Cum infinitae litium formae fuerint, futuraeque sint, et *tot saeculis nulla reperta sit causa*, *quae esset tota alteri similis*, sapiat oportet actor, et inveniat, et judicet, et sonsilium a se ipso petat."

6) *Connanus* a. a. O. §. 9. Vgl. L. 40 pr. D. *de hered. petit.* V, 3. (L. 4. §. 3. in f. D. *de re jud.* XLII, 1.) S. die Note 15. zu §. 13.; auch L. 29. §. 4. D. *mandati* XVII, 1. („— ubi de bona fide agitur, non congruit, *de apicibus juris* disputare, sed de hoc tantum, debitor fueritne"). — L. 10. D. *de reg. jur.* „Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda." Cf. L. 19. in f. C. *de fide instrum.* IV, 21. L. 22. §. 1. et 3. C. *de furtis* VI, 2.

7) A. M. L. 1. pr. D. *de pactis.* L. 14. D. *de cond. indeb.* (XII, 6.). L. 2. 3. 4. L. 11. u. 21. D. *de praescr. verb.* XIX, 5. L. 25. §. 1.

D. *de O. et A.* XLIV, 7. L. 1. in f. D. *ex quibus caus. majores 25 annis i. i. restituuntur* IV, 6. „si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam, quoad ejus per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta principum licebit." — Vergl. Just. Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß Th. 1. §. 1. Note b. — A. D. Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 46. 47.

8) L. 12. §. 1. D. *Qui et a quibus manumissi liberi non fiunt* XL, 9. „— quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est." *H. Donellus* a. a. O. §. 14. — Hierher gehört auch L. 12. §. 1. D. *de legib.* „Rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet; alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur." Vgl. L. 18. *eod.* „Benignius leges interpretandae sunt, *quo voluntas earum conservetur.*"

9) L. 1. C. *de legib.* „Inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere." Vgl. L. ult. *eod.* — *Connanus* l. c. §. 7. 9. in f. — *H. Donellus* a. a. O. §. 13.

10) Denn die Befugnisse der Röm. Prätoren und Juristen können kein Maaßstab für die amtliche Thätigkeit unserer Richter seyn.

11) *Connanus* a. a. O. Nr. 6.

12) Welcker System u. s. w. I. S. 630. Note 494.

§. 44.

E) Naturrecht.

Was von der Anwendung des aus allgemeinen Prinzipien zu schöpfenden Rechts (des s. g. Naturrechts) zu sagen ist, beschränkt sich zum großen Theile auf die so eben (§. 43.) vorgetragenen Grundsätze über Befolgung der aequitas[1]). Außerdem ist soviel wie möglich die natürliche Ordnung und Beschaffenheit der Verhältnisse und aller Dinge auch im Recht zu berücksichtigen[2]). Also a) die durch die Bande der Verwandtschaft begründeten Rechte haben auf Schonung und Schutz ganz besonderen Anspruch zu machen[3]). Selbst b) die eigentlichen Naturgesetze und die daraus abzuleitenden Folgerungen sind da, wo sie mit Rechtsbegriffen in Verbindung stehen, zur Anwendung zu bringen[4]). c) Jede Beschränkung der natürlichen Freiheit, wofür kein Grund der Nothwendigkeit nachgewiesen werden kann, ist als jus singulare zu behandeln[5]), falls nicht das beschränkende Gesetz selbst das Gegentheil anordnet[6]). Im Uebrigen aber darf der Jurist die Vorschriften des positiven Rechts nicht nach den Grundsätzen des Vernunftrechts

meistern, und hiernach ihre Anwendbarkeit einschränken oder aufheben wollen[7]).

1) Daher die so häufig im R. R. vorkommenden Redensarten: *natura aequum est*, *naturalis aequitas*, u. s. w. Vgl. auch L. 5. C. *de bonis quae liber.* VI, 61. „— — quia consequens est, ambiguas atque legum diversis interpretationibus titubantes causas *benigne atque naturalis juris moderamine* temperare, non biget nos, — *aequitati convenientem* Juliani *opinionem* sequi."

2) *Cic.* de legib. I, 5. 17. („— natura — juris — ab hominis repetenda natura"). Welcker Syst. u. s. w. I. S. 73—90.

3) *Cic.* de offic. I, 17. 18. — Vgl. L. 7. pr. D. *de bonis damnator.* (XLVIII, 20.).

4) L. 24. D. *de statu homin.* I, 5. „Lex naturae haec est, ut, qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur." L. 7. §. 7. D. *de acquir. rer. domin.* XLI, 1. „— — Sabinus et Cassius *magis naturulem rationem efficere* putant, ut qui materiae dominus fuerit, idem ejus quoque, quod ex eâdem materiâ factum sit, dominus esset." — L. 5. D. *eod.* — L. 15. D. *de statu hom.* — L. 3. in f. D. *si pars heredit. petat.* V, 4.

5) L. 1. §. 20. D. *de exercit. act.* XIV, 1. — L. 19. pr. D. *de cond. indeb.*

6) arg. L. 40. pr. D. *de cond. ind.* (XII. 6.).

7) A. D. Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 57. 58. und die das. angeführten Schriftsteller.

Zweites Capitel.

Beschaffenheit und Verbindungskraft der Rechtsquellen.

§. 45.

Was gilt überhaupt als eigentliches Gesetz?

Nicht jede Aeußerung in einem Gesetze, oder einer diesem gleich stehenden Rechtsquelle, hat gesetzliche Verbindungskraft. Man pflegt in dieser Beziehung die eigentlichen Dispositivworte von den blos enuntiativen Sätzen zu unterscheiden. Zu diesen gehören die Veranlassungsgründe des Gesetzes, bloße Cautelen[1]) und doctrinelle Bemerkungen, wohin gewissermaaßen auch die Definitionen gerechnet werden können[2]). Diesen enuntiativen Bestimmungen, so wichtig sie auch oft für die Ermittlung der Willensmeinung des Gesetzgebers sind, kommt doch eine eigentliche Verbindungskraft nicht zu[2a]). Auf

der anderen Seite dagegen sind nicht blos die directen Vorschriften des Gesetzes bindend, sondern auch die Folgerungen aus allgemeinen Begriffen, welche das Gesetz aufstellt oder anerkennt, die Gründe, worauf die Entscheidung besonderer Fälle bernht — die s. g. ratio decidendi[3]) —, und die eigentliche ratio legis (§. 61 fgg.).

1) S. z. B. L. 24. D. *de rei vind.* VI, 1.

2) L. 202. D. *de reg. jur.* „Omnis definitio in jure civili periculosa est, parum est enim, ne subvertatur." — Ueber die s. g. Legaldefinitionen s. (C. G. Hübner) Berichtigungen und Zusätze zu den Institit. des R. R. S. 57 fgg.

2a) A. D. Weber Bemerkungen zur Beförderung einer gründl. Theorie der Anwendung des Röm. Rechts (Versuche üb. das Civilrecht Nr. 1.) §. 8. —

3) S. Thibaut log. Auslegung des Röm. Rechts (2te A.) S. 59. 60. Vgl. unten §. 61. Note 3. §. 66. Nr. 2.

§. 46.

Verbindungskraft des Gesetzes an sich betrachtet.

Die Gesetze sind entweder Zwangs- oder Permissiv-Gesetze, d. s. solche, deren Befolgung willkührlich ist; jene sind entweder gebietende oder verbietende, wohin auch die Pönalgesetze gehören[1]). Die Nichtbeobachtung eines Zwangsgesetzes bei einem Rechtsgeschäfte oder der Anknüpfung eines Rechtsverhältnisses erzeugt in der Regel Nullität[2]), mag die Uebertretung des Gesetzes zugleich mit Strafe bedroht seyn, oder nicht[3]). Ausnahmsweise aber besteht das Geschäft, und die Vernachlässigung des Gesetzes hat nur Strafbarkeit des Handelnden[4]), oder eine weniger vollständige Wirkung[5]) zur Folge. Den bloßen Permissivgesetzen nähern sich die Gesetzes-Vorschriften, welche, um Leichtsinn und Uebereilung zu verhüten, eine Handlung zwar verbieten, oder für sie eine erschwerende Form anordnen, sie indessen weder einer Strafe unterwerfen, noch eine Zurücknahme der in Folge derselben geschehenen Leistungen gestatten. Bei den Römern hießen diese Gesetze imperfectae leges[6]), im Gegensatz der perfectae, deren Nichtbeachtung Nullität erzeugte, so wie der minus quam

perfectae, deren Vernachlässigung keine Nichtigkeit, sondern nur Strafe erzeugt[7]).

1) L. 7. D. *de legib.* („Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire"). Vgl. die Basiliken nach Fabrotus T. I. p. 29. 30. und *Quinctiliani* instit. orat. VII, 5. — Glück Pand. Comment. Bd. I. §. 14. 15. — Derselbe Einleit. in das Studium des Röm. Privatrechts §. 8.

2) L. 5. C. *de legibus.* „Nullum pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt, lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes, tam veteres, quam novellas, trahi generaliter imperamus: ut legislatori, quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat, caeteraque quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere, hoc est, ut ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur — — —. Sed et si quid fuerit subsecutum ex eo, vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus." c. 64. *de R. J.* in 6. V, 12. L. 6. C. *de pact.* („Pacta, quae contra leges constitutionesque, *vel contra bonos mores* fiunt, nullam vim habere indubitati juris est.") §. 12. I. *de nupt.*

3) L. 4. 6. C. *de incest. nupt.* V, 5. — A. D. Weber von der natürl. Verbindl. §. 74.

4) S. z. B. L. 1. C. *de secund. nupt.* V, 9. — L. 1. pr. D. *de alienat. jud. mut. causa facta* IV, 7.

5) L. 29. D. *de usur.* XXII, 1. — Vgl. unten §. 103.

6) *Ulpian.* Fr. I. §. 1. (ed. *Schult.*) („Imperfecta lex est, velut Cincia, quae supra certum modum donari) prohibet —, et si plus donatum sit, non rescindit." Vgl. *Macrobius* in comment. in somn. Scipion. II, 17. — Savigny über die Lex Cincia (Zeitschrift für geschichtl. R. W. IV, 1.) Nr. V. VI. S. 19—24.

7) *Ulpian.* Fr. I. §. 2. „Minus quam perfecta lex est, quae vetat, aliquid fieri, et, si factum sit, non rescindit, sed poenam injungit ei, qui contra legem fecit." — Savigny a. a. O. S. 21.

§. 47.

Subjective Verbindungskraft des Gesetzes.

Das Gesetz erstreckt seine Giltigkeit auf alle Personen und Sachen, welche innerhalb des Staatsgebiets befindlich sind. Alle Handlungen mithin, welche einer rechtlichen Beurtheilung unterworfen werden können, richten sich in der Regel nach den Gesetzen des Landes oder Orts, wo sie erfolgen, mögen sie von Unterthanen oder von Fremden ausgehen[1]). Ob und inwiefern der Inhaber der höchsten Staatsgewalt selber den Gesetzen unterworfen sei? ist streitig[2]). Wie man aber das: *princeps legibus solutus est* der Römer[3]) auch

verstehen möge, so läßt sich doch eine sichere Beantwortung der obigen Frage nur aus den Staatsgrundgesetzen der einzelnen Länder schöpfen.

1) Glück Pand. Comment. I. §. 44. — „Vgl. *C. F. Boeschen* (Pr. *A. F. Schott*) D. de vi legum civilium in subditos temporarios. Lips. 1772. 4. — Nov. 69. c. 1.

2) *J. A. Schnaubert* D. de principe legib. suis obligato. Jen. 1793.; übersetzt von E. F. Hagemeister: auch der Regent ist an die von ihm gegebenen Gesetze gebunden. Rostock 1795.

3) L. 31. D. *de legibus.* („*Princeps legibus solutus est*, Augusta autem, licet legibus soluta non est, Principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quae ipsi habent." S. die bei Glück a. a. O. §. 43. Note 31. angef. Schriftsteller.) — L. 23. D. *de leg.* III. („Ex imperfecto testamento legata vel fideicommissa imperatorem vindicare, inverecundum est: decet enim, tantae majestati eas servare leges, *quibus ipse solutus esse videtur.*") L. 3 C. *de testam.* VI, 23. („— *Licet enim lex imperii solemnibus juris imperatorem solverit*, nihil tamen tam proprium imperii est, quam legibus vivere.") §. 8. in f. I. *quib. mod. test. infirm.* („— Licet enim legibus soluti sumus, tamen legibus vivimus.") L. 4. C. *de legib.* (I, 14.) „Digna vox est majestate regnantis, legibus allegatum se principem profiteri. Adeo de auctoritate juris nostra pendet auctoritas: et revera majus imperio est, submittere legibus principatum." — Uebrigens s. m. L. 26. C. *de donat. int. V. et U.* V, 16. „Donationes, quas — imperator in — suam conjugem, vel illa in maritum contulerit, illico valere sancimus —, *utpote imperialibus contractibus legis vicem obtinentibus.* — *Ulr. Huber* Digressiones Justinianeae Lib. I. c. 35. — Schnaubert a. a. O. §. 25. Note 39. — Thibaut Pand. §. 28. S. auch oben §. 4. Note 3.

§. 48.

Verbindungskraft des Gesetzes,

a) nach seinem äußeren Umfange.

Nach dem äußeren Umfange seiner Giltigkeit kann man unterscheiden ein jus generale, speciale und particulare, je nachdem es für das ganze Staatsgebiet, oder nur für eine bestimmte Klasse von Personen und Sachen, oder für einen besonderen District im Staat gilt. Ein positives Universalrecht, wovon bisweilen wohl noch gesprochen wird, giebt es aber nicht[1]).

1) Glück Pand. Comment. I. §. 22. A. M. ist (Hübner) Berichtigungen u. Zusätze zu den Instit. d. Röm. Rechts S. 141—151.

§. 49.

b) nach seinem inneren Character.

Hieher gehört die Eintheilung der Rechtsquellen in ein jus commune und singulare, was sich zu einander verhält, wie die Regel zur Ausnahme[1]). Jus singulare ist nämlich das Recht, welches aus besonderen Gründen von dem regelmäßig geltenden abweicht[2]). Mag sich die Ausnahme auch noch so weit erstrecken, immer behält die Regel ihre Bedeutung, bis sie durch eine entgegenstehende völlig vernichtet ist, weshalb denn ein singuläres Recht zugleich ein generelles seyn kann[3]). Man muß aber wieder eine doppelte Klasse des nur ausnahmsweise geltenden Rechts unterscheiden: erstlich, das nur als Gesetz publizirte, z. B. die besonderen Rechte der Minderjährigen, des Militärs u. A., zweitens, die nur für bestimmte Personen (für physische oder juristische)[4]), so wie für bestimmte Sachen oder Fälle geltenden Ausnahmen[5]). Diese nennt man jetzt vorzugsweise Privilegia, wie sie auch im ältesten R. R. hießen[6]); jene jura singularia. Die juristischen Klassiker dagegen gebrauchen diese Benennungen gleichbedeutend[7]).

1) L. 15. D. *de vulg. et pup. substit.* XXVIII, 6. L. 37. D. *de jure fisci* XLIX, 14. — Vgl. mein Lehrbuch der jurist. Encyclop. §. 14. 15. — Uebrigens hat der Ausdruck commune jus bekanntlich auch die Bedeutung eines für Alle geltenden Rechts, z. B. in der L. 1. §. 4. u. L. 9. D. *de J. et J.*; bisweilen steht er auch im Gegensatz einer besonderen Qualität, in welcher gehandelt wird, z. B. in L. 59. §. 4. D. *mandati* XVII, 1.

2) L. 16. D. *de legib.* (*J. C. Conradi* de jure singulari — in opusc. a *Pernice* edit. — §. 1—9.). Vgl. L. 23. §. 3. D. *de fideicomm. libertatib.* XL, 5. u. die folg. Note.

3) Beispiele s. in L. 23. §. 1. L. 44. §. 1. *de acq. v. amitt. poss.* XLI, 2. L. 44. §. 3. D. *de usurp. et usuc.* XLI, 3. L. 2. §. 16. D. *pro emt.* XLI, 4. L. 7. C. *de pact. convent. tam super dote* etc. V, 14.

4) Ausnahmen für bestimmte jur. Personen sind nämlich allemal privil. im engeren Sinne, Ausnahmen für alle oder für eine ganze Klasse jur. Personen sind jura singularia.

5) L. 1. §. 2. D. *de constit. princip.* „Plane ex his quaedam sunt personales, nec ad exemplum trahuntur: nam quae princeps alicui ob merita indulsit, vel si quam poenam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur." — Hufeland civ. Abhandl. I. S. 212 fgg. — Burchardi Rechtssystem der Römer S. 90 fgg.

6) *Cic.* de leg. III, 19. („majores — in *privos* homines leges ferri noluerunt, id est enim privilegium.") Vgl. or. pro domo c. 17. — *Gellius* X, 20. — Verboten waren nämlich die s. g. privilegia odiosa, dies Verbot aber kann nur auf Privilegia im engeren Sinne gehen. *Cic.* III, 4. „*Privilegia ne irroganto.*" Vgl. daſ. c. 19. u. *Taciti* Annal. III, 27. — Insonderheit s. auch *Noodt* Pand. p. m. 10. A. u. vgl. Dirkſen civ. Abh. I. S. 246—255.

7) *Brisson.* de V. S. v. *privilegium.* — Uebrigens pflegen die Neueren alle und jede landesherrlichen und Regierungs-Conceſſionen Privilegien zu nennen.

§. 50.

Anfang und regelmäßige Wirkung der Verbindungskraft.

Die Verbindungskraft des Geſetzes beginnt mit dem Augenblick ſeiner legalen Exiſtenz oder Promulgation[1]), und die Behauptung, daß man das Geſetz nicht gekannt habe, wird in der Regel nicht berückſichtigt[2]). Auch von dem ſingulären und nicht geſchriebenen Recht gilt dies, ſoweit dabei nicht blos von einer Unwiſſenheit der thatſächlichen Verhältniſſe die Rede iſt. Hieraus folgt denn: 1) das durch conſequente Schlußfolgerungen entwickelte, ſo wie das auf der aequitas beruhende Recht (§. 42—44.), muß man ſo gut kennen, wie das geſchriebene Recht. Eben ſo 2) die rechtlichen Grundſätze über die Bedingungen und das Anſehen eines Gewohnheitsrechts, ferner die notoriſchen Gewohnheiten ſelbſt, welche nicht leicht Jemandem verborgen bleiben können[3]). Auch verſteht ſich von ſelbſt, daß man ſich auf Unwiſſenheit der Thatſachen, woraus das Gewohnheitsrecht folgen ſoll, nur inſofern berufen darf, als überhaupt eine Berufung auf factiſche Unwiſſenheit möglich iſt[4]). — Uebrigens wird bisweilen aus Rückſichten der Billigkeit eine vacatio beſtimmt, d h. es gilt das Geſetz nicht ſchon von dem Augenblicke ſeiner Promulgation, ſondern erſt nach Ablauf eines in demſelben ausgedrückten Zeitraums[5]).

1) Nov. 66. c. 1. pr. „Sancimus, ex illo nostras constitutiones valere, ex quo in commune factae sunt manifestae."

2) L. 12. C. *de jur. et facti ignor.* I, 18. „*Constitutiones principum nec ignorare quemquam*, nec dissimulare *permittimus.*" L. 9. C. *de legib.* „*Leges sacratissimae*, quae constringunt hominum vitas, *intelligi ab omnibus debent.*" L. 48. pr. D. *de fidejussorib.*

XLVI, 1. „Si Titius et Seja pro Mevio fidejusserint subducta muliere dabimus in solidum adversus Titium actionem: *cum scire potuerit, aut ignorare non debuerit*, mulierem frustra intercedere." — Vgl. auch den folg. §.

3) Arg. L. 3. §. 1. *de jur. et facti ignor.* XXII, 6. L. 9. §. 2. *eod.* („Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia objiciatur: quid enim? si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat?")

4) Volkmar Beiträge zur Theorie des Gewohnheitsrechts S. 83—98.

5) *Sueton.* Octav. c. 34. „Hanc (legem de maritandis ordinibus) cum aliquanto, quam caeteras, severius emendasset, prae tumultu recusantium perferre non potuit, nisi ademta demum, lenitave parte poenarum *et vacatione triennii data*" (Vgl. *Heineccii* comment. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. p. 48.). Andere Beispiele s. in der Nov. 58. („Sciant, quod nisi *intra tres menses, ex quo haec lex insinuata fuerit*, haec correxerint —" etc.) Nov. 66. c. 1. pr. [„— Sancimus, si scripta fuerit hujusmodi lex (de testamentis), *hanc post duos menses dati ei temporis valere.*"] Nov. 116. c. 1. „— nisi intra triginta dierum dilationem, computandorum ab insinuatione praesentis nostrae dispositionis, eos expulerint" etc. — *Hofacker* princip. jur. Rom. Germ. T. I. §. 86. not. a. — Vgl. Landr. f. die Preuß. Staaten Einl. §. 16.

§. 51.

Von der Anwendung eines Gesetzes auf frühere Fälle. *)

In der Regel hat ein Gesetz nicht rückwirkende Kraft[1]), außer insofern es a) eine authentische Interpretation enthält[2]), oder b) nur die Giltigkeit eines bereits vorhandenen Rechts bezeugt[3]), oder c) nach der ausdrücklichen Bestimmung oder dem Zwecke desselben (s. unten Nr. 2.) eine Zurückziehung auf die Vergangenheit angenommen werden muß. Doch kann auch alsdann das Gesetz nicht mehr auf solche Fälle angewandt werden, welche bereits durch Erfüllung der Vergangenheit vollständig angehören[4]). So einfach und verständlich nun auch die Regel: lex non est trahenda ad praeterita, an sich erscheint, so ist doch die Anwendung derselben oft mit großen Schwierigkeiten verknüpft, wenn nämlich vor dem Gesetz ein Recht oder Rechtsverhältniß begründet ist, nach demselben aber erst zur Anwendung kommt. Soviel nun I. die Form anbetrifft, d. i. Alles, was äußerlich zur Begründung oder Geltendmachung eines Rechts gehört, so ist dies stets nach den Gesetzen zu beurtheilen, welche zu der Zeit gelten, wo die

zur Begründung oder zur Geltendmachung erforderliche Handlung vorgenommen wird[5]). II. Nach welchen Gesetzen aber die rechtlichen Folgen zu beurtheilen seien? ist sehr bestritten, sowol in Hinsicht auf Bestrafung von Verbrechen[6]), als für privatrechtliche Verhältnisse, mit denen allein wir es hier zu thun haben. Folgt man einer billigen und natürlichen Rechtsansicht, so müssen die rechtlichen Folgen eines Verhältnisses ebenfalls nach den Gesetzen beurtheilt werden, unter deren Herrschaft es entstanden ist[7]). Damit stimmt denn auch das Röm. Recht überein, nach dessen deutlichen Bestimmungen für ein Recht in der Regel das Gesetz zur Anwendung kommt, das zur Zeit der factischen Begründung desselben galt[8]). Ausnahmen können durch legislative Gründe gerechtfertigt werden[9]), müssen aber gesetzlich angeordnet seyn. Folgende Einschränkungen verstehen sich indessen ganz von selbst: 1) Es darf unter dem früheren Gesetz nicht etwa eine bloße Möglichkeit Rechte zu erwerben oder gewisse Handlungen vorzunehmen vorhanden gewesen[10]), es muß vielmehr ein bestimmter Grund eines Rechts oder einer Verbindlichkeit bereits eingetreten seyn, um die Anwendung des alten Gesetzes fordern zu können[11]). 2) Es darf unter dem Schutze des früheren Gesetzes keine Handlung vorgenommen werden, welche durch das spätere Gesetz als gemeinschädlich schlechthin verboten ist[12]).

*) A. D. Weber über die Rückanwendung positiver Gesetze. Hannov. 1811. 8. (Vgl. Leipz. Literatur-Zeitung 1813. Mai. Nr. 128. 129.) — Fr. Bergmann das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrechte. Hannov. 1818. 8. — F. G. Georgi Beitrag zur Lehre von der Rückanwendung neuer Gesetze (Archiv f. die civilist. Praxis III. Nr. XII. S. 145—194.). — Vgl. *Chabot de L'Allier* questions transitoires sur le Code Napoléon. à Par 1819. Meine Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalls S. 250 fgg. Fritz Erläut. zu v. Wening-Ingenheim I. S. 41—44.

1) L. 1. C. *de legib.* „Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore, et adhuc pendentibus negotiis cautum sit." L. 65. in f. C. *de decurionib.* X, 31. („cum conveniat, leges futuris regulas imponere, non praeteritis calumnias excitare.") — c. 2. X. *de constit.* I, 2. „Quoties novum quid statuitur, ita solet futuris formam imponere, ut dispendiis praeterita non commendet, ne detrimentum ante prohibitionem possint ignorantes incurrere, quod eos postmodum dignum est vetitos sustinere. Vgl. c. 13. *eod.*

2) Nov. 19. pr. et c. 1. Nov. 43. — Solche Gesetze nennt man Declarator-Verordnungen. S. darüber Weber a. a. O. §. 36. 84.

Bergmann a. a. O. §. 10. und 31. — Landrecht für die Preuß. Staaten Einleit. §. 15. — Uebrigens s. Schöman Handb. des Civilr. I. S. 87 fgg. Note b. Vgl. Weber a. a. O. §. 28—33. 36. 78—84. — Bergmann a. a. O. §. 10. 11. 31. 32. — Fritz in Grolm. u. Löhrs Magaz. IV. Nr. XIII. — A. M. ist *J. C. Kall* de jure non scripto etc. p. 142.

3) Weber a. a. O. §. 32. 33. Bergmann a. a. O. §. 11. — Verschieden davon sind die restitutorischen Gesetze, worüber nachzusehen sind: Weber §. 34. u. Bergmann §. 12. 33. — Was unter der Herrschaft eines nur transitorischen Gesetzes geschehen ist, muß nach diesem beurtheilt werden. Vgl. übrigens Bergmann a. a. O. §. 65. bis zu Ende.

4) L. 1. fin. D. *ad SCti Tertyll.* („ait Senatus: *quae judicata, transacta finitave sunt, rata maneant*"). (L. 229. 230. D. *de V. S.*) L. 2. §. 23. C. *de vet. jure enucleat.* („*Quae enim jam vel judiciali sententia finita sunt, vel amicali pacto sopita, haec resuscitari nullo volumus modo.*") L. un. in f. C. *de contr. jud.* (I, 53.) „Quae etiam ad praeterita negotia referri sancimus, *nisi transactionibus, vel judicationibus sopita sint.*" L. 17. C. *de fide instrum.* IV, 21. („Quae tam in postea conficiendis instrumentis, quam in his, quae jam scripta, nondum autem absoluta sunt, locum habere praecipimus: nisi jam super his transactum sit, vel judicatum, quae retractari non possunt —"). — C. *tanta* (L. 2. C. *de vet. jure enucl.*) §. 23. „Leges autem nostras, quae in his Codicibus — posuimus, — sancimus, — suum vigorem in judiciis ostendentes in omnibus causis, *sive quae postea emerserint, sive quae in judiciis adhuc pendent, nec eas judicialis vel amicalis forma compescuit.*" Vgl. Nov. 19. pr. und die unten Note 9. angef. Stellen. — Bergmann a. a. O. §. 23. (S. 138. Note 129.) §. 25. (S. 146 fgg.).

5) L. ult. C. *si certum petatur* IV, 2. („— Quod et in futuris creditis, *vel debitorum solutionibus* locum habere oportet.") — Weber §. 47. 48. §. 59. (S. 131. 132.). — Georgi a. a. O. §. 20. — Uebrigens s. das Landr. für die Preuß. Staaten Einl. §. 15.

6) Weber a. a. O. §. 57. H. A. Zachariä über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze. Gött. 1834. — Vgl. Landr. f. die Preuß. Staaten Einl. §. 18—20.

7) S übrigens Bergmann §. 4. 5.

8) Arg. L. 8. pr. D. *mandati* XVII, 1. („uniuscujusque enim contractus initium spectandum et causam") u. L. 58 §. 2. D. *pro socio* XVII, 2. — L. 1. pr. D. *ad Leg. Falcid.* XXXV, 2. („*Quicumque* civis Romanus *post hanc legem rogatam testamentum faciet*" etc.). L. 18. C. *de testib.* IV, 20. („Praedicimus, ut, qui in scriptis a se debita retulerint, non facile audiantur, si dicant, — debiti — solutionem sine scriptis se fecisse, — — nisi quinque testes — — deposuerint, sub praesentia sua debitum esse solutum" etc. — „*his scilicet, qui jam sine scriptis debitum — solverint, a praesenti sanctione merito excipiendis.*") — Vgl. Bergmann S. 88. L. 23. in f. C. *mandati* IV, 35. („Et justum quidem fuerat, hoc remedium debitoribus ab Anastasianis temporibus impertiri —. Sed ne videamur in tanta temporum nostrorum benevolentia aliquid acerbius admittere, in futuris post praesentem legem casibus haec observari censemus.") L. un. in f. C. *de rei uxor. act.* V, 13. („quae omnia in his tantummodo dotibus locum habere censemus, quae post hanc legem datae fuerint.") L. 29. in f. C. *de testam.* VI, 23. („Quae in posterum tantummodo observari censemus, ut, quae testamenta post hanc novellam nostri numinis

legem conficiuntur, haec cum tali observatione procedant. *Quid enim antiquitas peccavit, quae praesentis legis inscia, pristinam secuta est observationem.*") L. un. §. 15. C. *de caduc. tollend.* VI, 51. „Locum autem huic legi constituimus in his defunctorum elogiis, *quae posthac composita fuerint:* anteriores etenim casus suo marte discurrere concedimus." Vgl. Nov. 66. c. 1. §. 4. 5. („Non infringi defunctorum volumus dispositiones, sed ratas esse per omnia declaramus: ut, si vel proxime scripta sint testamenta post positionem legis, nondum vero contigerit factas constitutiones innotuisse ——. Maneant etiam institutiones, quae ab initio secundum tunc exstantes factae sunt leges, — — et *non accusandae eo, quod tempore, quo supervixerunt illi, eas non mutaverunt.* Erit namque absurdum, ut quod factum est recte, ex eo, quod nondum erat, postea mutetur." etc.) Nov. 76. c. 1. L. un. in f. C. *de latina libertate tollenda* VII, 6. L. 65. in f. C. *de decurionib.* X, 31. Nov. 12. c. 3. Nov. 22. c. 1. Nov. 38. c. 1. Bergmann S. 144. Note 134.) Nov. 99. c. 1. in f. — Vgl. Bergmann §. 14—21. 25. — A. M. ist Weber §. 40—44. 46. 52. 53. 61—63. 69. 70. 72. 74.

9) L. 3. C. *de pact. pignor.* VIII, 35. („Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, *quae cum praeteritis praesentia quoque repellit, et futura prohibet. Creditores enim re amissa jubemus recuperare, quod dederunt.*") L. un. in f. *de contr. judicium* etc. I, 53. („Quae etiam ad praeterita negotia referri sancimus, *nisi transactionibus, vel judicationibus sopita sint*"). L. 27. pr. C. *de usuris* IV, 32. („De usuris — jubemus, etiam eos, qui ante eandem sanctionem ampliores, quam statutae sunt, usuras stipulati sunt, *ad modum eadem sanctione taxatum ex tempore lationis ejus suas moderari actiones: scilicet illius temporis, quod ante eam defluxit legem, pro tenore stipulationis usuras exacturos.*") Vgl. L. 22. §. 1. C. *de sacrosanct. ecclesiis* I, 2. L. 21. C. *ad SCti Vellej.* IV, 29. L. 3. C. *de quadriennii praescript.* VII, 37. — Weber a. a. O. §. 5. — Weiter als das R. R. gehen hier die neueren Gesetzgebungen; s. z. B. das Publications-Patent des preuß. Landr. §. X fgg. Einleit. §. 17. 18. — Bergmann §. 34—64. — Vgl. auch Weber a. a. O. §. 49. und meine Beurtheilung u. s. w. S. 253.

10) Z. B. wenn von einer Ehescheidung, der Intestaterbfolge u. a. m. die Rede ist, ein Recht darauf aber zur Zeit des neuen Gesetzes noch nicht eingetreten ist. S. Weber §. 55. Bergmann §. 20. — Vgl. Publications-Patent des preuß. Landr. §. XIV.

11) Wird daher ein neues Recht zum Vortheil eines Verjährenden eingeführt, so kommt ihm dies vor Vollendung der Verjährung nicht zu Statten, wohl aber kommt es dem Verlierenden zu Statten, wenn während des Laufs der Verjährung ein ihm vortheilhaftes Gesetz erlassen wird. Denn Jener kann ein bestimmtes Recht erst durch den Ablauf der Verjährung erwerben; diesem steht aber von Anfang an ein wider den Gewinnenden durch Klage oder Exception geltend zu machendes Recht zu. — Anders stellt die Sache dar Weber §. 64—67. — Vgl. Bergmann S. 34 fgg.

12) Weber §. 56. Georgi §. 15. (S. 171.). Vgl. Bergmann §. 30.

§. 52.

Von Aufhebung und Abänderung der Rechtsquellen.

Meistens werden Gesetze durch neue aufgehoben[1]), oder durch entgegenstehenden Gebrauch[2]), ganz oder theilweise[3]). Dabei gilt denn auch hier die Regel: generi per speciem derogatur[4]). An und für sich umfaßt eine allgemeine Rechtsvorschrift freilich alle einzelnen Fälle, die sich unter dieselbe subsumiren lassen[5]); doch ergreift ein neues Gesetz in der Regel nicht das besondere Recht gewisser Personen oder Districte[6]), und überhaupt die auf besonderen Gründen beruhenden gesetzlichen Bestimmungen, welche schon neben der aufgehobenen Regel als Ausnahmen bestanden, oder doch als solche neben dem neuen Gesetz bestehen können[7]), falls nicht das Gegentheil von dem Gesetzgeber deutlich gewollt ist[8]). Auch fällt das Gesetz weg, wenn es nur für einen bestimmten Zweck angeordnet und dieser erfüllt ist, oder für eine bestimmte Zeit, nach deren Ablauf; überhaupt aber, wegen veränderter Umstände, wenn nämlich der Gegenstand desselben nicht mehr existirt, oder doch so wesentlich verändert ist, daß auch von einer analogischen Anwendung nicht mehr die Rede seyn kann[9]).

1) *J. N. Hertius* D. de lege, clausula ut ne abrogari unquam possit, munita. (Opp. Vol. I. P. III. p. 3 sqq.)

2) Vgl. oben §. 39. und das. Note 5., auch *Voet* comment. ad Pand. Lib. I. Tit. 3. §. 41.

3) *Ulpiani* Fragm. I, 3. („Lex aut abrogatur, i. e. prior lex tollitur aut derogatur, i. e. pars primae legis tollitur, aut subrogatur, i. e. adjicitur aliquid primae legi, aut obrogatur, i. e. mutatur aliquid ex prima lege"). — L. 102. D. *de V. S.*

4) L. 80. D. *de reg. jur.*

5) L. 147. D. *de reg. jur.*

6) Arg. c. 1. *de constit.* in 6. I, 2. [„Licet Romanus pontifex (qui jura omnia in scrinio pectoris sui censetur habere), constitutionem condendo posteriorem, priorem, quamvis de ipsa mentionem non faciat, revocare noscatur; quia tamen locorum specialium et personarum singularium consuetudines et statuta (cum sint facti et in facto consistant), potest probabiliter ignorare, ipsis, dum tamen sint rationabilia, per constitutionem a se noviter editam (nisi expresse in ipsa), non intelligitur in aliquo derogare."]

7) Arg. L. 41. D. *de poenis* XLVIII, 19. („Sanctio legum, quae novissime certam poenam irrogat iis, qui praeceptis legum non ob-

temperaverint, ad eas species pertinere non videtur, quibus ipsa lege poena specialiter addita est: *nec ambigitur, in cetero omni jure speciem generi derogare*; nec sane verisimile est, delictum unum eadem lege variis aestimationibus coërceri.") — Thibaut über das Verhältniß besonderer Sätze des älteren Rechts zu neuen Regeln (civilist. Abh. — Heidelb. 1814. — Nr. 7.). A. M. ist Bornemann: Neues Archiv für die Rechtsgelahrtheit in d. Großherzogth. Mecklenburg. Herausgeg. von Nettelbladt und Wachenhusen. Bd. I. — Rost. 1818. — S. 178 fgg.

8) L. 3. §. 5. D. *de sepulchro violato* XLVII, 12. „Divus Hadrianus rescripto poenam statuit quadraginta aureorum in eos, qui in civitate sepeliunt. — Quid tamen, si lex municipalis permittat, in civitate sepeliri? post rescripta principalia an ab hoc discessum sit videbimus: quia generalia sunt rescripta, et oportet imperialia statuta suam vim obtinere, et in omni loco valere." — Vgl. Thibaut a. a. O. S. 128 fgg.

9) A. D. Weber Bemerkungen zu Beförderung einer gründlichen Theorie der Anwendung des Röm. Rechts in deutschen Gerichten (Vers. üb. das Civilr. Schwerin 1801. 8.) §. 16. — Vgl. unten §. 65.

Drittes Capitel.

Von der Auslegung und Anwendung der Gesetze.

§. 53.

Allgemeine Begriffs-Bestimmungen.

Ein Gesetz auslegen heißt: den Sinn desselben entwickeln; es anwenden: eine Thatsache unter dasselbe subsumiren. In der Mitte zwischen beiden steht in gewisser Hinsicht das consequente Schließen aus der ratio legis auf nicht ausdrücklich bestimmte Fälle, so wie umgekehrt, die Einschränkung der Anwendung desselben nach Zweck und Absicht seines Urhebers — s. g. Restrictiv-Interpretation (§. 65. Note 1.). Die Begriffe von Auslegung und Anwendung durchkreuzen einander hier dergestalt, daß die Gränzen sich schwer bestimmen lassen, weshalb man denn auch keineswegs über die Stellung der dahin gehörigen Lehren einverstanden ist. Indessen scheint es schon wegen des genauen Zusammenhangs der Regeln angemessener, alle Erörterungen über Bedeutung und Umfang eines Gesetzes der Interpretations-Lehre zuzuweisen, die Lehre von der Anwendung aber auf diejenigen Regeln einzuschränken, welche lediglich die richtige Erkenntniß und ge-

hörige Behandlung vorkommender Fälle zum Gegenstande haben[1]). Bekannt ist, daß auch die Röm. Juristen den Begriff Interpretation in diesem Sinne nehmen[2]), weshalb denn auch das Juristen-Recht selbst diesen Namen erhielt, da es seinem Wesen nach ursprünglich nur auf consequenter Erweiterung der Prinzipien des Civilrechts beruhete[3]). Hiedurch wird denn die nachfolgende Anordnung gerechtfertigt erscheinen.

1) Es ist hier zu vergleichen, was ich über diese Begriffe in den Jahrb. der jurist. Literatur von Schunck Bd. VIII. S. 7 fgg. gesagt habe. — Gestritten wird aber auch noch darüber, wie weit hier überhaupt die Befugniß des Richters gehe? Die neueste Erörterung über diesen Gegenstand ist von W. Müller in den civilist. Abhandl. Nr. V. §. 7. 8. S. 196 fgg. S. auch unten §. 64. 65.

2) S. z. B. L. 64. §. 1. D. *de condit. et demonstr.* XXXV, 1. („Quod si ita scriptum esset, si Ariciae non nupserit, interesse, an fraus legi facta esset; nam si ea esset, quae alibi nuptias non facile possit invenire, interpretandum, ipso jure rescindi, quod fraudandae legis gratia esset adscriptum: *legem enim utilem reipublicae, sobolis scilicet procreandae causâ latam, adjuvandam interpretatione.*") L. 2. §. 1. D. *de custod. reorum* XLVIII, 3. verb.: „— sed haec *interpretatio perdura, pernimium severa* est —".

3) L. 2. §. 12. D. *de O. J.* („— jus civile, quod sine scripto, in sola prudentium interpretatione consistit —").

§. 54.

I. Von der Auslegung des Rechts.*)

Einleitende Begriffe.

Von einer juristischen Auslegung kann bei Gesetzen (Rechtsquellen im engeren Sinne), bei Privat-Dispositionen und bei den Aussprüchen der Richter die Rede seyn. Hier haben wir es nur mit der ersteren zu thun, welche man in die authentische, die Usual-Interpretation[1]) und die doctrinelle eintheilt. Die authentische geht vom Gesetzgeber aus und findet da Statt, wo die Regeln der Doctrinal-Interpretation nicht ausreichen (s. §. 51. Note 2.). Kann nämlich eine Dunkelheit und Zweideutigkeit durch gewöhnliche Auslegung überall nicht gehoben werden, so würde der Richter die Gränzen seiner Befugnisse offenbar überschreiten, wollte er dennoch dem Gesetze einen ihm angemessen oder billig scheinenden Sinn beilegen[2]). Der Jurist soll also den wirklichen

Sinn des Gesetzes aus Gründen zu bestimmen suchen. Um dies zu können, muß zuvörderst die Aechtheit der zu interpretirenden Rechtsquellen selbst feststehen. Hiernach zerfällt denn die Lehre in zwei Theile: die Kritik, welche auf Untersuchung der Aechtheit einer Schrift, so wie auf Verbesserung der von Abschreibern und Herausgebern begangenen Fehler gerichtet ist [3]), und die eigentliche Hermeneutik, welche die Auslegungsregeln selbst enthält.

*) *Fr. Hotoman* Lib. de opt. genere jur. interpretandi (opp. II. p. 1087 sqq.). *H. Donelli* commentarii jur. civ. Lib. I. c. XIII — XVI. — *Val. Guil. Forster* Interpres s. de interpretatione juris (in Otto's thesaur. T. II. p. 945 — 1068.). — *Chr. Henr. Eckhard* Herméneutica juris (ed. I. Lips. 1750.), rec. perpetuisque not. illustr. *C. Fr. Walch*, (ed. II. 1779.), cur *C. W. Walch*, 1802. — Fr. Rapolla der Rechtsgelehrte, od. über die Art und Weise, wie das Civilr. richtig erlernt u. erklärt wird; aus dem Latein. übers. mit Anmerk. von L. Fr. Griesinger. Stuttg. 1792. — A. F. J. Thibaut Theorie der logischen Auslegung des Röm. R. Alt. 1799. 2te Ausg. 1806. — (Hübner) Zusätze und Berichtigungen zu den Instit. des Röm. R. S. 171 — 190. — Joh. Gottfr. Sammet Hermeneutik d. Rechts, herausgeg. v. Fr. G. Born. Leipz. 1801. — K. P. J. R. Versuch einer Theorie über die Auslegungskunst des Röm. R. Halle 1804. — K. S. Zachariä Versuch einer allgem. Hermeneutik d. Rechts. Meiß. 1805. — Fr. Schöman's Handb. des Civilrechts I. S. 65 — 137. — G. Hufeland civilist. Abhandl. Bd. I. Nr. II. S. 1 — 205. — J. C. Lange Versuch einer Begründungslehre d. Rechts §. 37 — 112. S. 37 — 112. — W. F. Clossius Hermeneutik des Röm. Rechts und Einleitung in das Corp. jur. civilis. Im Grundriß. Riga 1829.

1) §. 39. Note 3. Vgl. noch Schöman a. a. O. S. 88. Note b.

2) Daß die nothwendige Berücksichtigung der Aequitas dem Richter noch nicht die Befugnisse eines Gesetzgebers verschafft, wurde bereits bemerkt (s. §. 43.). Die Juristen gingen hierin bekanntlich weiter, wurden aber durch die Gesetze späterer Kaiser auf die Schranken verwiesen, welche auch für die heutigen Richter gelten: L. 1. C. *de legib.* L. 9. *eod.* („Si quid in legibus latum fortasse *obscurius* fuerit, oportet id ab imperatoria interpretatione patefieri, *duritiamque legum nostrae humanitati incongruam emendari.*") L. 12. §. 1. *eod.* („Si enim in praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solo dignum imperio esse oportet — —. Quis *legum aenigmata solvere* et omnibus aperire idoneus esse videbitur, nisi is, cui soli legislatorem esse concessum est?") L. 2. §. 21. in f. C. *de vet. jure enucl.* Nov. 113. c. 1. pr. in f. („Si vero aliqua dubitatio judici de aliqua fiat lege, nuntiet ad nostram potestatem, et a nobis exspectet causae scriptam declarationem aut interpretationem.") — Vgl. Rapolla a. a. O. §. 74. — Hübner a. a. O. S. 157. u. 174. Nr. 6. — Schöman S. 87. Note a. — u. insbes. Hufeland a. a. O. S. 44 — 60.

3) *Quinctilian.* instit. orat. I, 4. zu Anfang.

§. 55.

Gemeinschaftliche Hilfsmittel für Kritik und Hermeneutik.

Der Ausleger hat sich zuvörderst eine genaue Kenntniß vom Inhalt und Character der auszulegenden Schrift zu verschaffen. In Beziehung auf die Justinianischen Rechtsbücher kommt dabei hauptsächlich Folgendes in Betracht: I. die Kenntniß des Orts, wo eine Schrift entstanden ist, so wie ihres Urhebers und Zeitalters [1]), II. der juristischen Schulen und ihrer Streitfragen [2]), III. der Sprache und ihrer Eigenthümlichkeit [3]), IV. der alten Rechts- und Geschäftsformeln [4]), V. der einzelnen Stellen und ihres Characters, namentlich: ob sie einem Gesetze, dem Edict, einem erklärten Schriftsteller angehören, oder dem Commentator [5]); ferner, welche von mehreren vorgetragenen Ansichten gebilligt oder verworfen ist [6]), sodann, ob gewisse Aeußerungen zur factischen oder zur Rechtsfrage gehören. Von besonderer Wichtigkeit ist auch VI. die Berücksichtigung der Vorschriften Justinians an die Compilatoren, so wie des Inhalts seiner Publications-Verordnungen, für den Kritiker, wie für den Ausleger [7]), nicht weniger VII. die Anwendung des Parallelismus, oder der Vergleichung sinnverwandter Stellen [8]), auch VIII. das sorgfältige Studium der Inscriptionen (und Subscriptionen), theils für die Ermittelung des Zeitalters und des Verfassers einer Stelle, so wie ihres eigenthümlichen Gegenstandes [9]), theils um die an verschiedenen Orten zerstreuten Bruchstücke wieder mit einander zu verbinden, theils um die eine Stelle aus der anderen zu ergänzen oder zu berichtigen [10]). Endlich IX. müssen auch hier wieder die griechischen Versionen und Bearbeitungen als äußerst wichtige Hilfsmittel für Kritik und Auslegung der Justin. Compilation genannt werden [11]).

1) *H. Hahn* orat. de usu chronologiae ac historiar. in jure Rom. Helmst. 1740. und in *Wieling* Jurisprud. restit. P. II. p. 121 sqq. — *Chr. Frid. Ge. Meister* or. de stud. jur. Rom. chronologici diligentius excolendi necessitate (opusculor. syll. — Goett. 1766. — Nr. 11. 12.). — *J. L. E. Püttmann* de ratione aetatis, qua quisque JCtorum veterum, quorum fragmenta Pandectis continentur, vixit, in iis interpretandis habenda; in *ejus* Miscellaneor. libr. singul. (Lips. 1793.). c. 23. — H. E. Dirksen üb. die Spuren histor. Krit. und

antiquar. Forschung in d. Schriften der röm. Jur. (in d. Vers. z. Krit. u. Ausleg. d. Quellen des Röm. Rechts. Leipz. 1823. Nr. V.).

2) S. oben §. 7. Note 12—19.

3) *Barn. Brissonius* de verborum, quae ad jus civ. pertinent, significatione, stud. *J. G. Heineccii* et *J. H. Boehmeri*. Hal. 1743. fol. *Jo. Wunderlich* additamentorum ad Brissonii opus volumen. Hamb. 1778. fol. *A. G. Cramer* supplementi ad Barn. Brissonii opus de Verb. — signif. Spec. I. Kil. 1813. 4. — (Vgl. Dirksen im Rhein. Museum II. S. 42 fgg.). *J. Gothofredi* Glossarium nomicum Codicis Theodosiani (in Calce edit. Cod. Theod. ab ipso adorn.). — *Phil. Vicat* Vocabularium juris utriusque. (ed. 2.) T. I—IV. Neap. 1760. 8. — (Vgl. §. 7. Note 11.) — Hugo civ. Magaz. IV. Nr. XI. — V. Nr. V. IX. XI., u. in der Inhaltsanzeige S. XVII—XXVII. (Schilling Bemerk. üb. Röm. R. Gesch. S. 404—408.) Dirksen Versuche z. Krit. u. Ausl. d. Qu. d. R. R. Nr. II. Dessen Beitr. z. Kunde des R. R. Leipz. 1825. Abh. I. II. S. VII. — S. noch oben §. 10. Note 13.

4) *Barn. Brissonius* de formulis et solennibus populi Romani verbis libri VIII. ed. nova ex rec. *Fr. C. Conradi* et c. not. *Jo. Aug. Bachii*. Lips. 1754. fol. — Dirksen Beitr. z. Gesch. d. Formelwesens bei den Römern (in d. Vers. z. Krit. u. Ausleg. d. Quellen des R. R. Nr. I.).

5) Rapolla a. a. O. §. 44. — *Car. Traug. Kreyssig* de auctorum et commentatorum verbis in Digestorum interpretatione distinguendis observationes. Lips. 1817. 4.

6) Rapolla a. a. O. §. 45—47. 47—49. Vgl. unten §. 66. Nr. 3. u. die das. angef. Schriftsteller.

7) Vgl. oben §. 11. so wie die das. Note 25. citirten Schriften.

8) *Eckhard* a. a. O. §. 15.

9) S. „*Judicia virorum eruditissimorum de usu indicis legum chronologici*", vor *Abr. Wieling* jurisprudentia restituta. *Henr. Halenii* or. de usu chronologiae ac historiar. in jure privato (ebendas. P. II. p. 121 sqq.).

10) *Jac. Labitti* usus indicis Pandectarum (jurisprud. rest. p. 2. p. 1 sqq.) *Henr. Brenkmann* D. de legum inscriptionib. (das. p. 145 sqq.). *Bern. Henr. Reinoldi* or. de inscr. LL. Digest. et Cod. (das. p. 177 sqq.). *Jo. Sal. Brunnquell* de utilitate ex diligenti comparatione inscript. in Dig. capienda (opusc. p. 221—250.). *Eckhard* u. *Walch* „de inscriptionib. et subscriptionib. legum, earumque recto usu in interpretatione legum" (Hermen. juris P. I. c. V.). — Vgl. meine Cession d. Forderungsr. §. 54. Note 81.

11) S. oben §. 13. — *Eckhard* u. *Walch* Hermen. jur. Lib. I. c. VII.

§. 56.

B. Insbesondere 1. von der juristischen Kritik. *) Eigenthümliche Hilfsmittel für dieselbe.

Es gehört dahin die Kenntniß dessen, was für die Eintheilung und Wiederherstellung der Justin. Rechtsbücher oder einzelner Stellen in denselben geschehen ist [1]), sodann der vor-

züglicheren Handschriften und Ausgaben, so wie ihrer Eigenthümlichkeiten. Was insbesondere die Handschriften anbetrifft, so darf dem Kritiker die Kenntniß der Merkmale nicht fremd seyn, woran er das Alter und den Werth derselben erkennen kann, namentlich der zu den verschiedenen Zeiten üblichen Schriftzüge und Abkürzungen, des allmählig sich ausbildenden Interpunctions-Systems, (oder der Art und Weise, Buchstaben, Wörter und Sätze zu verbinden oder zu trennen) u. dgl. m. [3]). In Ansehung der Ausgaben aber hat er sein Augenmerk auf den Zweck zu richten, den der Herausgeber verfolgte, auf die dabei benutzten Hilfsmittel und die Art und Weise, wie sie benutzt sind, die bei Aufnahme oder Verwerfung von Lesarten befolgten kritischen Grundsätze, die gebrauchten Zeichen, wodurch auf etwanige Lücken in den Handschriften, oder auf überflüssige, eingeschobene, von fremder Hand beigeschriebene Sätze u. s. w. aufmerksam gemacht werden soll [4]). Daß übrigens das Alter einer Handschrift oder Ausgabe allein kein sicheres Kennzeichen ihres Werthes sei, bedarf wohl kaum einer Bemerkung.

*) *Guil. Best* ratio emendandi leges Pandectar. Florentinar. auctoritate (ed. *Jo. Wendel Neuhaus*, Lips. 1745.) c. I. — *Eckhard* a. a. O. cap. 2. — P. J. A. Feuerbach Grundlinien zu einer Theorie d. juriſt. Kritik u. Beantw. d. Frage: iſt die Kritik dem Praktiker brauchbar? (civiliſt. Verſuche — Gieß. 1803. — Nr. III. S 81—134.). Vgl. Thibaut Verſuche I. Nr. 16. u. log. Interpret. §. 44. — Lange Begründungslehre des Rechts §. 94—106.

1) S. oben §. 17. 18.

2) Vgl. *Brenkmann* historia Pandectarum Lib. III. c. 2. p. 245—260. — *Eckhard* a. a. O. §. 83. p. 107—114. — Spangenberg Einleitung S. 492—570. — Vgl. Savigny Geſch. d. R R. im Mittelalter Bd. III. K. XXV. Prodromus corporis juris civ. a *Schradero*, *Clossio*, *Tafelio* edendi (Berol. 1823. 8.) p. 35—121. (§. 1—16.) §. 25—38. (p. 155—223.). *J. L. G. Beck* Indic. Cod. et edition. jur. Justin. Prodr. (Lips. 1823.) p. 7. bis zu Ende. Vgl. auch Zeitſchr. für hiſt. R. W. I. S. 319 fgg. S. 350 fgg. II. S. 100 fgg. S. 271 fgg. III. S. 129 fgg. S. 389 fgg. S. 408 fgg. IV. S. 112 fgg. V. S. 131 fgg. S. 280 fgg. S. 338 fgg. — Rhein. Muſeum II. S. 275 fgg. S. 390 fgg. III. S. 23 fgg. IV. S. 225 fgg. u. ſ. w. — *F. Blume* Iter Italicum Bd. I. Berl. 1824. Bd. II. Halle 1827. Bd. III. daſ. 1830. u. Nachträge dazu im Rhein. Muſ. IV. H. II. u. III.

3) S. die Schriftſteller üb. Paläographie u. ſ. g. Diplomatik: *J. Mabillon* de re diplomatica. ed. 3. T. I. II. Neap. 1789. fol. — *Jo. Chrph. Gatterer* elementa artis diplom. universalis. Vol. I. Goett. 1765. 4. (inſonderheit §. 1—228.) — C. T. G. Schönemann Verſuch eines vollſtändigen Syſtems der allgem. beſonders älteren Diplomatik.

Bd. I. II. Hambg. 1801. 1802. (insonderheit Bd. I. §. 107—168. Bd. II. §. 169—192.)

4) Phil. Friedr. Weis Etwas über die im Text der Pandekten vorkommenden Zeichen, namentlich die Russardsche Note. Marb. 1793. 4.

§. 57.

Grundregeln der Kritik.

Man theilt die Kritik in die höhere, welche sich mit der Untersuchung über Aechtheit einer Schrift oder einzelner Theile beschäftigt, wohin denn auch die Ermittelung von Interpolationen gehört [1]), und in die niedere, welche die Emendation einzelner Fehler und die Ausfüllung von Lücken zum Gegenstande hat. Hiebei muß man unterscheiden A) die blos vergleichende und wählende Kritik, welche nach äußeren Kennzeichen — dem vorzüglicheren Werthe einer Handschrift oder einer Ausgabe — die Auswahl einer Lesart unter mehreren gegebenen bestimmt. B) Die Conjectural-Kritik im weiteren Sinne, welche wieder mehrere Abstufungen hat: A) die erste, welche ebenfalls unter gegebenen Lesarten wählt, jedoch zunächst nach inneren Kennzeichen, wofür sich etwa zwei Regeln geben lassen: 1) es wird die Lesart vorgezogen, welche aus grammatischen Gründen sich am ersten vertheidigen läßt, den besten Sinn giebt, und mit sonst bekannten Ansichten des Urhebers der Rede am meisten übereinstimmt; 2) von mehreren Bedeutungen eines Ausdrucks giebt man im Zweifel der seltneren vor der gewöhnlicheren den Vorzug [2]). B) Die zweite enthält meistens eine Anwendung der Regeln über richtige Lesung der Handschriften, um darnach die Ausgaben zu verbessern, insonderheit durch richtigere Verbindung oder Trennung der einzelnen Sylben, Buchstaben oder Sätze [2a]), oder durch die Nachweisung, daß Siglen, Geminationen [3]) und andere Abkürzungen nicht bemerkt, oder nicht richtig aufgelöst, oder umgekehrt, ohne Grund angenommen seien [4]). C) Die dritte Abstufung der Conjectural-Kritik stützt sich zunächst nur auf Vermuthungen und Wahrscheinlichkeitsschlüsse. Doch kann man ihr Resultat alsdann für Wahrheit gelten lassen, wenn a) das Vorhandenseyn eines Fehlers bestimmt nachgewiesen wird [5]), auch b) die wahrscheinliche Ursache desselben, so wie c) die Möglich-

keit einer Verbesserung ohne willkührliche und gezwungene Voraussetzungen gezeigt, endlich d) dargethan wird, daß die vorgeschlagene Emendation dem Gegenstande, dem Zusammenhange und anderen Aeußerungen desselben Schriftstellers am besten entspreche [6]).

1) S. oben §. 11. Note 16. Vgl. *Eckhard* a. a. O. Lib. I. c. VI.

2) Ein Beispiel s. bei Hugo Rechtsgesch. S. 894. Z. 23 fgg. d. XI. Ausg.

2a) S. meine Erklärung von L. 14. §. 3. D. de *alim. legat.*, im Archiv für civ. Pr. Bd. XV. S. 390 fgg.

3) Ueber Geminationen s. m. *Best* a. a. O. c. XI fgg. — Cramer kleine krit. Bemerkungen; in d. Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. I. Nr. XII.

4) Namentlich darf man nicht leicht s. g. Quasigeminationen annehmen, die wahrscheinlich doch selten als geregelte Abkürzungen vorkommen. — Vgl. *Best* a. a. O. c. XV fgg.

5) Mit welcher Vorsicht man bei der Annahme, es sei ein Fehler vorhanden, zu Werke gehen müsse, beweis't das Beispiel bei Gellius N. A. I, 7.

6) Beispiele enthalten L. 16. D. de *pecul.* (s. meine obs. jur. R. C. I. §. 9. p. 22.) u. L. 156. §. 1. D. de *reg. jur.* (s. meine Cession der Ford. Rechte. §. 54. Note 81.).

§. 58.

2. Juristische Auslegungskunst. —

a) Grammatische und logische Interpretation.

Wenn gleich jede Auslegung die Ermittelung des Sinnes einer Rede zum Gegenstande hat, so ist doch nach der Verfahrungsart und dem nächsten Zweck die Interpretation zwiefach; entweder eine grammatische, die es mit der Bestimmung der Bedeutung zu thun hat, welche den gebrauchten Worten an sich, oder nach ihrer Verbindung zukommt, und die logische, die zunächst auf Erforschung der Willensmeinung, der Absichten und Zwecke des Gesetzgebers gerichtet ist [1]). Die Grundlage jeder Interpretation ist allerdings die grammatische [2]), und wenn sie ein angemessenes Resultat ergiebt, auch in dem Worte keine Zweideutigkeit liegt, so soll wegen eines blos möglichen anderweiten Sinnes davon nicht abgegangen werden [3]). Da indessen Worte nicht immer genau ausdrücken, was gemeint und beabsichtiget wurde, so ist jener doppelte Begriff unentbehrlich [4]), auch bei den Alten der Sache nach auf das Bestimmteste anerkannt [5]). So versteht es sich denn auch

ganz von selbst, daß der nackte Wortverstand dem entschiedenen Willen des Gesetzgebers nachzusetzen sei[6]); denn „prior ac potentior est, quam vox, mens dicentis"[7]). Uebrigens lassen sich diese Regeln in der Anwendung nicht allemal genau von einander unterscheiden; in der Wissenschaft aber muß es geschehen, und wenn auch bisweilen die nämlichen Regeln für die grammatische und für die logische Interpretation vorkommen, so unterscheidet sie doch immer ihr Zweck und die Art und Weise, wie sie angewandt werden.

1) Thibaut logische Auslegung §. 3. — Im Wesentlichen damit übereinstimmend, und nur abweichend in Ansehung der Bezeichnung dieser Begriffe, sind Hübner a. a. O. §. 12. u. Lange §. 44. — Ueber die bei älteren Juristen vorkommende Eintheilung der Interpretation in eine *dialectica*, *rhetorica*, *historica*, *poetica*, *arithmetica*, *geometrica*, *physico-medica*, u. s. w. s. *Forster* a. a. O. Lib. I. c. 3 sqq.

2) *J. A. Ernesti* pro grammaticâ interpretatione (opusc. philolog. crit. Lugd. Bat. 1764. p. 219 sqq.

3) *Cic.* de invent. II. 44. („Cum scriptum aperte sit, — judicem legi parere, non interpretari legem oportere.") L. 1. §. 20. D. *de exercitoria actione* XIV, 1. („In re dubia melius est, verbis edicti servire.") L. 25. § 1. D. *de legat.* 3. („Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.") L. 69. pr. *eod.* — Vgl. unten Note 6.

4) Nach der Behauptung Mancher giebt es nur eine grammatische Interpretation (s. z. B. *Ernesti* a. a. O. Bach unparth. Kritik. Bd. II. St. I. S. 9.; vgl. Wendt zur Encycl. §. 157.). Andere wollen nur von einer logischen Interpretation etwas wissen, z. B. Schöman a. a. O. S. 87. Im Grunde sind dies bloße Wortstreitigkeiten.

5) Daher finden wir bei *Cic.*, dem *Auct. ad Her.* u. A. so oft die scripti und voluntatis controversia entgegengesetzt. Vgl. auch *Quinctil.* inst. or. XII, 1. („quaestio juris omnis aut *verborum proprietate*, aut aequi disputatione, aut *voluntatis conjectura* continetur.") — L. 96. D. *de reg. jur.* („In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus, qui eas protulisset.") — L. 6. §. 1. D. *de V. S.* „verbum *ex legibus* sic accipiendum est, tam ex legum sententia, quam ex verbis."

6) *Cic.* or. pro Caecina (besonders c. 18—22.). — *Auct. ad Herenn.* II, 10. („dicemus, calumniatoris esse officium, verba et literas sequi, negligere voluntatem.") — *A. Gellius* noct. att. XI, 12. („nec aliud dici videri debet, quam quod se dicere sentit is, qui dicit.") — L. 17. D. *de legib.* („Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.") — L. 19. D. *ad exhibend.* X, 4. („— non oportere jus civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur animadvertere convenire.") L. 13. §. 2. in m. D. *de excusat.* XXVII, 1.

7) L. 7. §. 2. D. *de supellectile legata* XXXIII, 10.

§. 59.

b) Die grammatische Interpretation.

α) Gründe einer dunkeln Rede.

Dunkelheit der Rede wird entweder durch ein Versehen veranlaßt. oder durch die Construction [1]), oder durch den Gebrauch veralteter, fremder, wenig bekannter Worte, oder durch Unbestimmtheit und Zweideutigkeit des Ausdrucks [2]). Unbestimmt ist eine Rede, wenn ihr Gegenstand nicht mit hinreichender Genauigkeit bezeichnet oder begränzt ist [3]); zweideutig (oder vieldeutig), wenn sie auf mehrere Begriffe oder Gegenstände bezogen werden kann. Diese mehrdeutigen Ausdrücke lassen sich wieder auf drei Klassen zurückführen: 1) es hat dasselbe Wort die Bedeutung des Gattungs- und des Orts-Begriffs [4]). 2) Es ist der eine Begriff der eigentliche oder ursprüngliche, der andere der abgeleitete oder figürliche [5]). 3) Die dritte Klasse der Amphibolien hat ihren Grund in einer Verschiedenheit des Redegebrauchs, wonach denn bald wieder a) die vulgäre oder im gemeinen Leben übliche Bedeutung der technischen [6]), bald b) die gewöhnlichere, d. i. die häufiger vorkommende, der seltneren entgegengesetzt wird [7]). Beide Begriffe fallen zwar sehr häufig, aber doch nicht immer zusammen (s. Note 6.).

1) Beispiele s. bei *Cicero* de invent. II, 40. „Heres meus uxori meae vasorum argenteorum pondo centum, *quae volet*, dato." Vgl. *Auct. ad Herenn.* I, 12. — L. 13. pr. D. *de reb. dub.* XXXIV, 5. „Sejo *cum ducentis*, *quae apud eum deposui*, *trecenta lego.*" L. 52. §. 7. D. *de leg.* 3. („— libros bibliothecam non sequi.") L. 9. *de alim. et cibar. legat.* XXXIV, 1. („eos alere te volo.") — *Radulph. Fornerii* rer. quotidianar. Lib. IV. c. 17. (bei *Otto* thesaur. II. p. 242.). *Zachariae* lib. quaestion. Qu. 5.

2) *Quinctil.* inst. or. I, 5. VIII, 2. u. besonders über die s. g. Amphibolien VII, 9. Vgl. *A. Gellius* noct. att. XI, 2.

3) Beispiele s. in der L. 23. D. *de S. Pr. urb.* VIII, 2. L. 21. §. 1. D. *qui test. fac. poss.* XXVIII, 1. L. 39. §. 6. D. *de legat.* I. Nov. 107. c. 1. (verb.: *coram testibus*).

4) Z. B. *actio* (L. 37. pr. D. *de O. et A.* XLIV, 7. L. 178. §. 2. D. *de V. S.*); *familia* (L. 195. §. 2. *eod.*); *pecunia* (L. 222. *eod.*); *adoptio* (L. 1. §. 1. D. *de adopt.* I, 7.) etc.

5) Z. B. *familia* (L. 195. §. 1. D. *de V. S.* „familiae appellatio et *in res deducitur*"); *usurpare*, *postulare*, *praescribere* u. a., worüber nachzusehen sind *Duker* (opusc. de latin. JCtor. veter., besonders p. 318 sqq.) u. *Eckhard* a. a. O. §. 112.

6) Bisweilen ist die in der Wissenschaft übliche Bedeutung auch die ursprüngliche oder eigentliche, die im gemeinen übliche dagegen die seltnere, z. B. possessio für proprietas L. 78. D. *de V. S.*; bisweilen ist die abgeleitete Bedeutung die häufiger vorkommende, z. B. bei persona. S. *Gellius* N. A. V. 7.

7) Man kann in dieser Beziehung aber auch noch die eigentlichen aequivoca, die gleich üblichen Bedeutungen, unterscheiden; z. B. bei potestas (L. 205. D. *de V. S.*), bei bibliotheca u. a. (L. 52. §. 7. 8. D. *de leg.* III.).

§. 60.

β) Regeln der gramm. Interpretation *).

Zur Beseitigung von Dunkelheiten einer Rede dienen hauptsächlich: die Berücksichtigung des Zusammenhangs [1]), die Anwendung des Parallelismus (§. 55. Nr. VII.), die Rücksicht auf die Eigenthümlichkeiten des Gegenstandes, des Urhebers der Rede, des Zeitalters und des Orts, wo sie entstanden ist, so wie der Menschen, für welche sie bestimmt ist [2]), endlich die Voraussetzung, daß der Gesetzgeber von der gemeinen Vorstellungs-, Denk- und Sprachweise nicht abgewichen sei. Hiemit stehen folgende besondere Regeln in einer mehr oder weniger genauen Verbindung: **1**) von mehreren an sich gleich angemessenen Bedeutungen verdient diejenige den Vorzug, welche den besten Zusammenhang in die Rede bringt und zu sonstigen Bestimmungen am besten paßt [3]); **2**) die eigentliche Wortbedeutung ist der abgeleiteten vorzuziehen, so wie die vulgäre der davon abweichenden [4]), insofern nicht jene die seltnere, an und für sich, oder nach einem feststehenden Sprachgebrauch des Redenden oder des Orts ist [5]). Indessen darf **3**) ein von dem regelmäßigen abweichender Sprachgebrauch Einzelner alsdann nicht berücksichtigt werden, wenn nach allgemein anerkannten Begriffen die dem Worte beigelegte Bedeutung gar nicht möglich ist [6]). Auch ist **4**) in der Regel die allgemeine Wortbedeutung der besonderen vorzuziehen [7]), falls nicht diese die gebräuchlichere ist [8]), oder dem Zusammenhange besser entspricht. Ein unbestimmter Ausdruck wird allgemein genommen [9]), sofern dadurch nicht eine völlige Ungewißheit über die Willensmeinung des Redenden bewirkt wird [10]), oder eine allgemeine Anwendung wegen des Mangels aller Begränzung durchaus unmöglich seyn würde [11]). —

Kann nun durch Anwendung dieser Regeln ein bestimmter Sinn nicht ermittelt, oder eine Zweideutigkeit nicht gehoben werden, so kommen die Grundsätze der logischen Interpretation zur Anwendung.

*) *J. H. Boehmer* de interpretationis grammaticae fatis et usu vario in jure Rom. (praem. *Brisson.* de Verb. signif. operi.).

1) *Cic.* invent. II, 40. („Deinde ex superiore et ex inferiore scriptura docendum, id, quod quaeratur, fieri perspicuum. Quare si ipsa separatim ex se verba considerentur, omnia, aut pleraque, ambigua visum iri.") L. 24. D. *de legib.* „Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondere."

2) L. 50. §. 3. D. *de legat.* I. Vgl. *A. Gellius* XI, 2. — *Ernesti* opusc. phil. crit. p. 9.

3) L. 19. D. *de legib.* („In ambigua voce legis ea accipienda est significatio, quae vitio caret.") Vgl. §. 62. Note 7. 8.

4) *Cic.* l. l. („— demonstrandum est, non esse ambigue scriptum, propterea quod omnes in consuetudine sermonis sic uti solent eo verbo uno, pluribusve in ea sententia, in qua is, qui dicet, accipiendum esse demonstrabit.") Vgl. L. 52. §. 4. 5. 6. D. *de legat.* 3. L. 7. §. 3. D. *ad SCt. Maced.* XIV, 6.

5) L. 9. pr. D. *de tritico, vino v. oleo leg.* XXXIII, 6. L. 3. §. 5. D *de supellectile leg.* XXXIII, 10.

6) L. 7. §. 2. D. *de supell. leg.* („Servius fatetur, sententiam ejus, qui legaverit, aspici oportere, in quam rationem ea solitus sit referre: verum *si ea, de quibus non ambigeretur, quin in alieno genere essent,* — supellectili quis adscribere solitus sit, non idcirco existimari oportere, supellectili legata, ea quoque contineri: *non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere.* — — non a Servio dissentio, non videri quemquam dixisse, cujus (al. *qui*) non suo nomine usus sit: *nam etsi prior ac potentior est, quam vox, mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur.*") — L. 3. D. *de reb. dub.* XXXIV, 5. („— qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur.") — *Lange* a. a. O. §. 46. Note c.

7) L. 1. §. 3. D. *de aleator.* XI, 5. L. 8. D. *de auro, argento etc. legatis* XXXIV, 2. L. 220. §. 1. D. *de V. S.* — Darauf gründet man das bekannte Sprichwort: *Lege non distinguente nec nostrum est distinguere.*

8) Z. B. in L. 7. §. 3. *ad SCt. Mac.* („verba videntur mihi ad *numeratam pecuniam* referri; ait enim Senatus: mutuam *pecuniam* dedisset.") L. 195. §. 2. D. *de V. S.*

9) L. 23. D. *de Serv. pr. urb.* VIII, 2.

10) So in den Beispielen, welche sich in der L. 21. §. 1. D. *qui test. fac. possunt* XXVIII, 1. u. L. 39. §. 6. D. *de legat.* I. finden.

11) Z. B. in L. 3. D. *si pars heredit. petat.* V, 4. Nov. 107. c. 1.

§. 61.

c) Logische Interpretation. α) Verhältniß-Bestimmung derselben zur grammatischen.

Der wahre Sinn des Gesetzes umfaßt entweder mehr als der bloße Wortverstand, oder weniger, oder beide weichen von einander nicht ab. Im ersten Fall findet die s. g. Extensiv-Interpretation Statt, im zweiten die Restrictiv-Interpretation, im dritten bezeichnet man das gefundene Resultat als Declarativ-Interpretation, worunter man indessen nicht blos die Erklärung verstehen darf, daß Alles vollkommen klar und übereinstimmend sei, sondern auch die durch Anwendung der logischen Interpretation gefundene Bedeutung eines dunkeln, mehrdeutigen, oder unbestimmten Ausdrucks, so wie die Ermittelung des Urhebers und anderer Umstände, welche eine richtige Erkenntniß des Rechtssatzes befördern (s. §. 55. Nr. V.). Der Sinn des Gesetzes (mens legis [1]) oder legislatoris, voluntas, sententia legis) umfaßt aber zweierlei: a) die gesetzliche Disposition selbst (das argumentum legale), und b) die ratio legis, worunter hier [2]) verstanden wird: der höhere Grundsatz, aus welchem das Gesetz hervorgegangen ist, den man auch meistens als den Zweck bezeichnen kann, welchen der Gesetzgeber realisiren wollte [2a]). Verschieden davon sind die Gründe, worauf die Entscheidung besonderer Fälle beruht, da sie selbst den Rechtssatz oder die gesetzliche Disposition bilden [3]). Von jener ratio legis nun läßt sich bei der Interpretation ein zwiefacher Gebrauch machen [4]). Einmal, um den wirklichen Inhalt der gesetzlichen Disposition zu ermitteln; zweitens, um durch Schlußfolgerungen aus der ratio legis den Umfang des Gesetzes, d. h. die Fälle zu bestimmen, welche nach demselben entschieden werden können. Natürlich kann der Jurist zu solchen Schlußfolgerungen nicht unbedingt berechtigt seyn; weder darf er das Gesetz wegen Inconsequenz des Gesetzgebers für unanwendbar erklären, noch aus jedem Motiv, wodurch der Gesetzgeber bestimmt wurde, Alles folgern, was möglicher-Weise daraus abgeleitet werden kann. Abgesehen aber von diesen nothwendigen Beschränkungen (s. darüber §. **64 u. 65.**) zeigt sich auch hier wieder ein ähnliches

Verhältniß, wie das der logischen Interpretation zur grammatischen im Allgemeinen d. h. die Schlüsse aus der ratio legis können ein Resultat ergeben, wodurch die gesetzliche Disposition entweder erweitert, oder ihr Umfang beschränkt wird.

1) L. 32. §. 16. D. *de don. int. vir. et uxor.* XXIV, 1. L. 47. D. *sol. matrim.* XXIV, 3. L. 30. §. 4. D. *de fideicommissar. libertatib.* XL, 5. Vgl. *Brisson.* de V. S. voce *mens* §. 4.

2) Ueber die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks ratio legis s. Thibaut a. a. O. §. 16. u. Hufeland a. a. O. S. 13—25.

2a) Uebrigens kommt darauf nichts an, ob die ratio legis im Gesetz selbst ausgedrückt ist, oder nicht; auch ist es nicht gerade nothwendig, daß sie selbst als Rechtssatz aufgestellt werden könne. Der Gesetzgeber kann ja auch aus dem natürlichen Verhältnisse der Menschen und Sachen Rechtssätze herleiten (s. §. 44. Note 3. u. 4.), und hierauf weiter fortzubauen, muß auch dem Juristen in so weit frei stehen, als er sich überhaupt Schlußfolgerungen aus der ratio legis erlauben darf.

3) Arg. *Ciceronis* or. Philipp. IX. c. 1. in f. („Non exempla majorum quaerenda, sed consilium est eorum, a quo ipsa exempla nata sunt, explicandum.") — Vgl. §. 45. Note 3. u. unten §. 67. Nr. 2.

4) Manche wollen dem Richter überhaupt das Recht nicht einräumen, durch Schlußfolgerungen aus der ratio legis den Sinn oder Umfang eines Gesetzes zu bestimmen (z. B. Guyet Abhandl. aus dem Gebiete des Civilr. Heidelb. 1829. Nr. VII.). Allerdings kann es nicht fehlen, scheinbare Belege dafür aufzufinden, da der Ausdruck ratio legis an sich sehr vieldeutig ist, manche rationes legis sich auch ihrer Allgemeinheit und Unbestimmtheit halber, oder weil sie mit dem Inhalte der Disposition selbst nicht übereinstimmen, zu dergleichen Schlußfolgerungen nicht eignen.

§. 62.

β) Feststellung des Sinnes eines Gesetzes

1) überhaupt.

Die Auffindung der Willensmeinung des Gesetzgebers geschieht durch Vergleichung mit anderen Aeußerungen desselben und durch Schlußfolgerungen. Diese können hergenommen werden: vom Gegenstande [1]), von den Personen (von welchen das Gesetz ausgeht, oder für die es gelten soll) [2]), den Localitäten [3]), dem gewöhnlichen Lauf der Dinge [4]), den Zeitumständen [5]), dem Zusammenhange der Rede und Gedanken [6]), ferner, von ähnlichen Bestimmungen [7]) und besonders von früheren Vorschriften über den nämlichen Gegenstand [8]), vom Gegentheil, vom Zweck und der Absicht des Gesetzgebers, überhaupt von der ratio legis. Richtige Schlußfolgerungen

hieraus stehen also den ausdrücklichen Anordnungen des Gesetzgebers gleich, vorausgesetzt, daß sie nicht auf etwas ganz Anderes führen, als der Gesetzgeber wirklich gesagt oder gemeint hat. Die Voraussetzung nun, daß der Gesetzgeber seine Bestimmungen ihrem vollen Sinne nach verstanden haben, auch keine Widersprüche und Inconsequenzen dulden wolle [9]), führt von selbst auf die Anwendung der argumenta a contrario und ab absurdo. Ersteres gründet sich darauf, daß das Gegentheil der gesetzlichen Bestimmung in den Fällen eintritt, wo diejenigen Merkmale nicht vorhanden sind, an welche das Gesetz seine Disposition ausdrücklich anknüpft. Hierauf beruht der Rechtssatz: „cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat" [10]), so wie die Regel der Praktiker: exceptio firmat regulam in casibus non exceptis [11]), — eine Regel, von welcher freilich nur mit Vorsicht, besonders bei Auslegung der Codex-Rescripte, Gebrauch gemacht werden darf [12]). — Das arg. ab absurdo geht davon aus, daß nach der Absicht des Gesetzgebers nichts Unharmonisches im Recht geduldet werden soll, weshalb denn namentlich **1**) Bestimmungen, die Jemandes Vortheil bezwekken, nicht zu seinem Nachtheil ausgelegt werden dürfen [13]), oder umgekehrt [14]). Ferner **2**) kann die Anwendung des Gesetzes dadurch nicht ausgeschlossen seyn, daß zu den Bedingungen desselben in einem bestimmten Falle noch stärkere Gründe hinzutreten [15]); endlich **3**) sind die zur Erreichung eines gesetzlichen Zweckes erforderlichen Mittel stets als ausdrücklich angeordnet zu betrachten [16]), womit denn auch das Verbot der Handlungen in fraudem legis in der genauesten Verbindung steht [17]).

1) *Cic.* invent. II, 40. in f. Vgl. Rapolla a. a. O. §. 66.

2) *Cic.* l. c. („Deinde, qua in sententia scriptor fuerit, ex ceteris ejus scriptis, factis, dictis, animo atque vita ejus sumi oportebit.") L. 168. §. 1. D. *de reg. jur.* („Quod factum est, cum in obscuro sit, ex affectione cujusquam capit interpretationem.") L. 27. D. *de condit. et demonstrat.* XXXV, 1.

3) L. 34. D. *de reg. jur.* L. 21. §. 1. in f. D. *qui test. fac.* XXVIII, 1. (s. die Note 6.)

4) L. 114. D. *de reg. jur.* L. 41. pr. D. *de V. O.* XLV, 1. L. 28. §. 5. D. *de judic.* V, 1. L. 3. D. *si pars hered. petatur* V, 4.

5) *Cic.* de invent. II, 41. in f. u. c. 42.

6) L. 24. D. *de legibus*. *Gaji* instit. III. §. 218. §. 15. I. *de lege Aquilia*. („Ac ne *plurimi* quidem verbum adjicitur. Sed Sabino recte placuit, perinde habendam aestimationem, ac si etiam plurimi verbum adjectum fuisset; nam plebem Romanam — contentam fuisse, quod prima parte eo verbo usa est.") L. 21. §. 1. in f. D. *qui testam fac.* XXVIII, 1. („— conjectionem fieri — vel *ex vicinis scripturis*, vel ex consuetudine patrisfamilias, vel regionis.") L. 15. C. *de fideicommiss.* VI, 42.

7) *Quinctil.* inst. or. VII, 6. („Fieri tamen potest, ut ex aliis legibus exempla ducamus, per quae appareat, semper stari scripto non posse.") Vgl. *Cic.* or. pro Caec. 19. Diese Art zu schließen wird durch inductio bezeichnet. *Cic.* invent. I, 31. Top. 10.

8) L. 35. pr. C. *de inoff. test.* III, 28. L. 18. in f. C. *de testib.* IV, 20. — Hiemit stehen die Parömieen in Verbindung: „lex posterior ex antiquiori, — lex particularis ex communi jure interpretanda est."

9) L. 1. §. 2. D. *quod quisque jur. in alter.* II, 2. („*Verba — cum effectu accipimus*, non verbotenus.")

10) L. 22. D. *de legib.* — Ein Beispiel s. bei *Cic.* or. Philipp VIII. c. 11. in f. — Vgl. die Glosse zu der angef. L. 22. *de legib.*, auch *Ant. Muretus* zu dersf. Stelle (bei *Otto* thesaur. IV. p. 191.). *H. Donellus* a. a. O. I, 14. §. 4. — *Corn. v. Bynkershoek* obs. jur. Rom. Lib. VIII. c. 35. nr. 2.

11) *Cic.* or. pro Balbo c. 14. („Quodsi exceptio facit, ne liceat, ibi necesse est licere, ubi non est exceptum.") — L. 1. pr. D. *de his, qui sunt vel alieni jur.* I, 6. L. 1. pr. D. *de officio ejus, cui mandata est jurisdict.* I, 21. L. 18. D. *de testib.* XXII, 5. („Ex eo, quod prohibet lex Julia de adulteriis testimonium dicere condemnatam mulierem, colligitur, etiam mulieres testimonii in judicio dicendi jus habere.") L. 12. §. 43. D. *de instr. vel instrum. legat.* XXXIII, 7. L. 8. D. *de accusat.* XLVIII, 2.

12) Meine Abh. im Archiv f. civilist. Praxis II. S. 427. 428.

13) L. 25. D. *de legib.* („Nulla juris ratio, aut aequitatis benignitas patitur, ut, quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem.") L. 2. D. *de lege commissoria* XVIII, 3. L. 3. §. 5. D. *de carbon. edicto* XXXVII, 10. L. 19 in f. C. *de fide instrument.* IV, 21. Vgl. *H. Donellus* a. a. O. I, 13. §. 10.

14) L. 1. §. 4. D. *de publicanis* XXXIX, 4. L. 7. §. 21. D. *de interd. et rel.* 48. 22.

15) L. 13. §. 2. D. *de excusat.* XXVII, 1.

16) Arg. L. 2. D. *de jurisdict.* II, 1. Pr. I. *de hered. inst.* II, 14. L. 56 L. 62. D. *de procur.* III, 3. L. 3. §. 3. D. *de servit. praedior. urban.* VIII, 3.

17) L. 7. §. 3. D. *ad SCt. Macedon.* XIV, 6. Vgl. *H. Donellus* a. a. O. I, 14. §. 5.

§. 63.

2) Insbesondere von der Interpretation unbestimmter oder zweideutiger Vorschriften *).

Unbestimmtheiten und Zweideutigkeiten sind zu beseitigen
a) durch ein möglichst genaues Anschließen an das frühere

Recht [1]); b) durch die Voraussetzung, daß nicht vom jus commune abgewichen sei [1a]), so wie c) daß im Zweifel keine Widersprüche der Gesetzgebung angenommen werden dürfen [2]); ferner d) ist der Sinn vorzuziehen, welcher dem Gegenstande und dem Zwecke der Disposition am besten entspricht [3]), auch e) am meisten übereinstimmt mit den gewöhnlichen Ansichten und Erfahrungen (§. **62.** Note **4.**), oder wodurch f) die Verfügung ausführbarer und wirksamer erscheint [4]); endlich g) soll im Zweifelsfall eine gelindere Ansicht der strengeren vorgezogen werden [5]).

*) *H. Donellus* a. a. O. c. 15. vorzüglich von §. 6. bis zu Ende.

1) S. §. 62. Note 8., u. ein Beispiel unten Bd. 3. §. 685. zur Note 10.

1a) Beispiele enthalten a) meine Cession der Ford.-R. §. 27. Nr. I. u. §. 28. — b) L. 10. D. *de jure fisci* XLIX, 14. („Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit.")

2) C. *tanta* §. 15. Nov. 158. c. 1.

3) L. 67. D. *de reg. jur.* („Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est.") L. 19. D. *ad exhib.* X, 4. — Vgl. Rapolla a. a. O. §. 66.

4) L. 19. D. *de legib.* L. 13. D. *de reb. dub.* XXXIV, 5. („Quotiens ambigua oratio est, commodissimum est, id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat.") — *Jos. Averanii* interpr. jur. Lib. V. c. 10.

5) L. 18. D. *de legib.* („Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur.") L. 56. *de reg. jur.* („Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt.") L. 90. *eod.* L. 40. pr. *de hered. pet.* V, 3. L. 10. §. 1. D. *de reb. dub.* XXXIV, 5. L. 42. D. *de poenis* XLVIII, 19. („Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius, quam asperandae.") L. 155. §. 2. D. *de reg. jur.* — *H. Donellus* a. a. O. c. 13. §. 11. 12. Rapolla a. a. O. §. 69. 70.

§. 64.

γ) Analogie.

Durch consequente Schlußfolgerungen aus dem, was ausgedrückt ist, auf das Nichtausgedrückte kann man entweder den wirklichen Sinn der Disposition ermitteln, oder diese selbst durch Beziehung auf ähnliche Fälle erweitern [1]); dies Verfahren nennen wir Analogie [2]). Auch die Analogie darf im Allgemeinen als eine Interpretation nach dem Willen des Gesetzgebers betrachtet werden (§ **42.**), nur daß sie nicht blos bestimmt, was der Gesetzgeber gesagt hat, oder hat sagen

wollen (§. 62.), sondern vermittelst consequenter Schlüsse aus dem Grunde des Gesetzes weiter geht. Dies nun geschieht bald durch eine Erweiterung nach außen hin[3]), bald durch bloße Vervollständigung der gesetzlichen Disposition[4]); beides ist aber der Art des Verfahrens nach dasselbe, und beruht auf der Grundregel: ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio legis. Nothwendige Bedingungen der Analogie sind aber: a) eine Uebereinstimmung der Merkmale des entschiedenen und des nicht entschiedenen Falls in wesentlichen Puncten, so daß der gesetzliche Grund völlig so gut auf den einen wie auf den anderen paßt[5]); b) ein gleich bestimmtes Resultat der Anwendung, als dasjenige ist, worauf die gesetzliche Disposition selbst führt[6]). Trifft dies zusammen, so gilt das Gesetz nunmehr für den übergangenen Fall seiner ganzen Bedeutung nach, also auch mit seinen Modificationen und Ausnahmen[7]). Auch schließt das Vorhandenseyn eines noch stärkeren Grundes, jedoch derselben Art, die analogische Anwendung natürlich nicht aus[8]). Uebrigens kann der Gesetzgeber dieselbe verbieten[9]), ja dies Verbot versteht sich von selbst bei rein correctorischen Gesetzen[10]) und bei singulären Rechtsvorschriften[11]), denen auch diejenigen gleich stehen, wodurch die natürliche Freiheit ohne Noth beschränkt wird (§. 44.). Ob auch bei Strafgesetzen die Analogie zulässig sei? ist nicht unbestritten[12]).

1) *Cicero* or. pro Caecina c. 21. („Omnibus in causis idem valebit, in quibus perspicitur una atque eadem causa aequitatis.") *Cic.* Top. 4. („Valeat aequitas, quae paribus in causis paria jura desiderat.") L 10—13. D. *de legib.* „Neque leges neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur; — et ideo de his, quae primo constituuntur, aut interpretatione, aut constitutione principis certius statuendum est. — Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus, aut senatusconsultis comprehendi, sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere debet. Nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, caetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe jurisdictione suppleri" — Vgl. Rapolla a. a. O. §. 89.

2) Wesentlich übereinstimmend mit dieser Begriffs-Bestimmung von Analogie ist die Erklärung der Alten. S. *Varro* de lingua lat. h. v. (in *Gothofredi* auctor. lat. ling. p. 99 sqq.) und *Isidorus* orig. Lib. I. c. 27. (ib. p. 840.). *Quinctilian.* inst. or. I. („Analogiae haec vis est, ut id, quod dubium est, ad aliquid simile, de quo non quaeritur, referat, ut incerta certis probet.") *Gellius* noct. att. II, 25. („Ἀναλογία est similium similis declinatio, quam quidam latine

proportionem vocant.") — Ueber abweichende Begriffe Anderer s. Thibaut a. a. O. §. 28. S. auch J. C. F. Meister Vorerkenntnisse und Institutionen des posit. Privatr. (Züllichau 1810.) §. 164., welcher das Wesen der Analogie in eine Vergleichung ähnlicher gesetzlicher Vorschriften setzt, um dadurch den allen gemeinschaftlichen Grundsatz aufzufinden. Vgl. Jordän Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch u. s. w. (Archiv f. civilist. Pr. Bd. VIII. Abh. IX.) S. 223 — 226. u. W. Müller civilist. Abhandl. Bd. I. S. 197 fgg.

3) Beispiele s. bei *Ulp.* Fr. Tit. XI. §. 3. 5. Vgl. auch die Institut. Titel *de legitima patronorum tutela* I, 17. und *de legitima parentum tutela* I, 18. — L. 34. §. 7. D. *de contr. emt.* XVIII, 1. — *Gaji* Inst. I. §. 74—76. („— nec me praeterit, non satis in ea re legislatorem voluntatem suam verbis expressisse.")

4) S. z. B. L. 7. §. 2. D. *de jurisd.* II, 1. L. 16. D. *de sponsalib.* XXIII, 1. L. 47. D. *soluto matrimon.* XXIV, 3. — L. 10. D. *de reg. jur.* §. 3. I. *de emt. vend.* verb.: „Nam et commodum ejus esse debet, cujus periculum est."

5) L. 2. §. 29. D. *ad SCt. Tertyll.* XXXVIII, 17. „Quid? si curatores non petiit? verba rescripti deficiunt, sed dicendum est, *siquidem impuberibus curatores non petiit, eandem esse rationem: si jam puberibus, cessare debere.*"

6) Hiernach läßt sich leicht die Frage entscheiden: ob die L. Rhodia de jactu auf Feuersbrünste auszudehnen sei? S. *Voet* Pand. XIV, 2. §. 18. Thibaut a. a. O. S. 81.

7) L. 32. §. 16. D. *de donat. int. V. et U.* XXIV, 1. (verb.: „nam quae ratio donationem prohibuit, eadem beneficium datum *implorabit.*" Vgl. die Note 22. der Ausg. von Geb.-Spangenb. zu dieser Stelle.)

8) *Cic.* Top. 4. („Quod in re majore valet, valeat in minore; item contra: quod in minore valet, valeat in majore.") *Quinctil.* VII, 8. („In hoc genere haec quaeruntur: an, quoties propria lex non est, simili sit utendum, an id, de quo agitur, ei, de quo scriptum est, simile sit. *Simile autem et majus est, et par, et minus.*") — L. 21. D. *de reg. jur.* („Non debet cui plus licet, quod minus est non licere.") L. 26. L. 110. pr. L. 163. L. 165. *eod.* — *Gaji* instit. III, 76. L. 32. pr. D. *ad Leg. Aquil.* IX, 2. L. 22. §. 3. D. *ad Leg. Jul. de adulter.* XLVIII, 5.

9) Z. B. L. ult. C. *de revoc. donat.* VIII, 56. Nov. 115. c. 3. — Darum ist freilich noch nicht verboten, die Ausdrücke ihrer vollen Bedeutung nach zu verstehen. Thibaut a. a. O. §. 18. Nr. 5. Vgl. Hufeland a. a. O. S. 190.

10) Arg. L. 32. §. ult. C. *de appellat.* VII, 62. („Quicquid autem hac lege specialiter non videtur expressum, id veterum legum constitutionumque regulis relictum omnes intelligant.") Nov. 20. c. 9. (Vgl. §. 52. Note 7. §. 62. Note 8. u. Thibaut §. 20.

11) L. 14. D. *de legib.* („Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.") L. 141. pr. D. *de reg. jur.* L. 162. *eod.* („Quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi.") L. 23. §. 3. D. *de fideic. libert.* XL, 5. Vgl. *H. Donellus* a. a. O. c. 14. §. 9. 10. — A. M. ist *Fr. C. Conradi* (resp. *C. G. Schulze*) ad Julii Paulli ex libro singulari de jure singulari reliqua (Lips. 1728. 4.) Fr. I. §. 10—12. — S. indessen Thibaut a. a. O. S. 85 fgg. — Daß die Röm. Juristen auch wohl jura singularia ausdehnten, darf uns nicht irre machen.

Beispiele s. in L. 4. D. *de fundo dotali* XXIII, 5. L. un. D. *de B. P. ex test. milit.* XXXVII, 13. L. 20. *de re jud.* XLII, 1. — Ueber die Auslegung der Privilegien s. unten §. 82. Note 2.

12) Die Römer dehnten Strafgesetze ohne Bedenken aus: L. 7. §. 3. D. *ad Leg. Jul. maj.* XLVIII, 4. L. 3. D. *de lege Pompeja de parricid.* XLVIII, 9. Damit stehen auch nicht im Widerspruch die L. 42. D. *de poen.* XLVIII, 19. und L. 155. D. *de reg. jur.*, da sie dem Richter nur einschärfen, bei der Anwendung der Strafgesetze stets die mildere Ansicht vorzuziehen. — Vgl. über diese Streitfrage: *Forster* de juris interpret. II, 2. §. 4. Rapolla a. a. O. §. 87. — Feuerbach Revision d. Grundsätze u. Grundbegr. d. posit. peinl. Rechts Th. II. S. 16 fgg. — Thibaut §. 21.

§. 65.

d) Die s. g. Restrictiv-Interpretation.

Der Ausleger darf nicht blos den buchstäblichen Sinn des Gesetzes auf das Resultat zurückführen, was der Gesetzgeber eigentlich ausdrücken wollte, sondern auch einen absichtlich allgemein aufgestellten und gedachten Satz alsdann einschränken, wenn er solche Fälle umfaßt, welche entweder mit sonst anerkannten Rechtsprinzipien, oder mit der gesetzlichen ratio legis im Widerspruch stehen, so daß mit Sicherheit anzunehmen ist, der Gesetzgeber selber würde sie ausgenommen haben, hätte er an sie gedacht[1]). Abgesehen aber von diesen Fällen[2]), ist die Regel: cessante legis ratione cessat lex ipsa, zu verwerfen[3]). Fehlt es also an den obigen Voraussetzungen, so darf man darum von dem Gesetze noch keineswegs abgehen, weil die Gründe, welche den Gesetzgeber zu seiner Disposition bestimmten, bei einem oder dem anderen Individuum oder Falle nicht zutreffen[4]); noch weniger aber, weil der gesetzliche Grund unbekannt ist, oder dem Inhalte des Gesetzes nicht entspricht[4a]), oder nicht mehr existirt[5]). Ja es kann sogar die ursprüngliche Beziehung des Gesetzes weggefallen seyn, ohne daß es darum aufhört ein anwendbares zu seyn, sobald nur ein auf die bestehenden Verhältnisse anwendbarer Satz übrig bleibt (§. 67.). Nur wenn die Anwendbarkeit durch das Vorhandenseyn des ursprünglichen Gegenstandes bedingt ist (wie die Bestimmungen über die servi), oder durch gewisse Begriffe und Einrichtungen, welche nicht mehr existiren (wie die s. g. stricti juris judicia), fällt das

Gesetz mit seinen Folgen weg[6]). Doch steht dies überall nicht unter den Grundsätzen von der Interpretation, und darum darf man hierauf auch die obige Regel (cessante rat. legis u. s. w) nicht anwenden.

1) So reduzirt sich denn allerdings auch dies auf eine Restriction des Ausdrucks nach der Absicht. Aber darum darf man doch wohl mit Thibaut (a. a. O. §. 24.) und Anderen die Restrictiv-Interpretation nach dem Grunde des Gesetzes nicht ganz verwerfen. Ein Anderes ist die Beschränkung des unvollkommenen Ausdrucks nach dem, was der Gesetzgeber erweislich sagen wollte, ein Anderes die Einschränkung einer von ihm wirklich in voller Allgemeinheit, nur nicht mit genauer Erwägung aller Anwendungs-Fälle, gedachten Satzes, nach einer nothwendigen Consequenz, deren Grund sich meistens nur aus der ratio legis erkennen lassen wird.

2) *M. Senecae* controv. IV, 27. *Quinctil.* inst. or. VII, 6. — L. 8. §. 6. et 8. D. *de transactionib.* II, 15. L. 11. §. 2. D. *de his, qui not. infam.* III, 2. L. 22. D. *de negot. gest.* III, 5. L. 40. pr. D. *de hered. petit.* V, 3. L. 54. pr. in f. D. *mandati* XVII, 1. L. 6. §. 2. D. *de jure patron.* XXXVII, 14. L. 2. §. 1. D. *de custod. et exhib. reor.* XLVIII, 3. — *A. Vinnii* sel. jur. qu. I, 13. A. D. Weber natürl. Verbindl. §. 64. Nr. 6. Note 7. Hufeland civilist. Abh. Bd. I. Nr. II. S. 105—114.

3) Weber natürl. Verb. §. 64. Thibaut a. a. O. §. 22. 23. Hufeland a. a. O. S. 99.

4) L. 3. 4. 5. 6. 8. D. *de legib.* „— Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur. Nam ad ea potius debet aptari jus, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt. — — — Jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur. Vgl. Weber a. a. O. §. 64. Thibaut a. a. O. §. 23. u. die das. angef. Schr.

4a) Ein Beispiel enthält die L. ult. C. *de test.* (VI, 23.).

5) L. 20. 21. D. *de legib.* — Rapolla a. a. O. §. 94. Weber Versuche. Abh. I. §. 18. S. 57 fg.

6) Ein Beispiel s. unten Bd. II. §. 381. Nr. II. zu Note 7. — Stützt sich übrigens das Gesetz zugleich auf einen noch anwendbaren Grund, so fällt seine Anwendbarkeit nicht weg. Aus diesem Grunde gilt noch heut zu Tage die L. 22. D. *de donat.* (XXXIX, 5.).

§. 66.

d) Ueber die Construction von Rechtsregeln aus den Justinianischen Rechtsbüchern.

Eine eigenthümliche Schwierigkeit hat es, ein System rechtlicher Wahrheiten aus Justinians Compilation zu entwickeln, da dieselbe großen Theils aus wissenschaftlichen Erörterungen und der Entscheidung einzelner Fälle besteht. Die

dabei zu befolgenden Grundsätze sind: 1) daß man den materiellen Zusammenhang der einzelnen Stellen jedes Titels sorgfältig erwäge und die sinnverwandten oder ähnlichen Entscheidungen vergleiche, um so die ihnen gemeinschaftlich zu Grunde liegende Regel zu finden[1]; 2) daß man die ratio decidendi, worauf die Entscheidung der einzelnen Fälle beruht, zu ermitteln suche. Diese darf man denn ohne Weiteres als allgemeine Regel behandeln[2], sofern dieselbe nicht sonst anerkannten und unzweifelhaften Rechtsgrundsätzen widerstreitet[3], oder durch besondere Eigenthümlichkeiten des entschiedenen Falles bedingt ist[4]. 3) Nicht selten ist eine Frage aufgeworfen, aber nicht ausdrücklich beantwortet, oder es sind mehrere Meinungen referirt, ohne eine bestimmte Erklärung über die von dem Referenten gebilligte. In solchen Fällen ist darauf zu sehen, a) ob nicht die Art, wie die Frage gestellt ist, schon die Antwort in sich schließt[5], oder b) in anderen indirecten Aeußerungen eine versteckte Bejahung oder Verneinung liegt[6], oder c) es ist die mit anderen Aeußerungen des Urhebers einer Stelle, so wie die mit den gemeinen Rechtsvorschriften übereinstimmende Ansicht für gebilligt zu halten[7], oder auch die zuletzt vorgetragene Meinung[8]. Ist überhaupt nur eine Meinung vorgetragen, ohne sie zu billigen oder zu mißbilligen, so hat sie der Referent dadurch für die seinige erklärt. 4) Zweifelhafte Aeußerungen sind in der Bedeutung zu verstehen, welche sie nach dem Geiste des neuesten und geltenden Rechts haben können[9], oder wie der Inhalt des Titels es erfordert, dem sie einverleibt sind[10].

1) Vgl. §. 62. Note 7. §. 64. Note 1 fgg. — Thibaut a. a. O. §. 32.
2) Vgl. §. 61. Note 3. — Thibaut §. 33.
3) S. meine Cession der F. R. §. 14. Nr. I. §. 16. Nr. I. §. 44. — Im Zweifel ist aber stets anzunehmen, daß bei Responsen der Juristen und den Entscheidungen der Kaiser das jus commune zu Grunde liege. *Ger. Noodt* Dioclet. et Maximian. c. 2. *Ejusd.* Jul. Paullus c. 7. — Eckhard Hermeneutik §. 221. — Sammet Hermeneutik d. Rechts S. 170. — Meine Abh. über jur. und facti ignor. (Archiv f. civil. Praxis II. S. 427. 428.). — Vgl. Thibaut §. 38.
4) Meine Abh. üb. die Priorität des Todes (Archiv für civilist. Praxis IV. S. 395. 396.).
5) *C. G. Haubold* (resp. *Geisenhoehner*) observ. de responsorum mediorum in Digestis obviorum interpretatione (Lips. 1805. 4.) c. II. §. 8. (Vgl. L. 4. §. 1. D. *de eo, quod certo loco* XIII, 4. und andere von Haubold aus den Quellen beigebrachte Beispiele.)

6) Rapolla u. Griesinger a. a. O. §. 45—48. — *Haubold* a. a. O. c. II. §. 1—7. — *Kreyssig* in der oben (§. 55. Note 4.) angeführten Diss. §. 8 fgg. — *C. F. Freiesleben* (Pr. *Haubold*) Spec. jur. Rom. de adlegationibus, quae veterib. JCtis in usu fuerunt (Lips. 1820. 4.) c. III. — *Fr. Haenel* comment. de verborum formulis, quibus JCti veteres simul et affirmare et affirmandi rationem significare soliti sunt. (Lips. 1821. 8.)

7) Rapolla §. 48.

8) S. z. B. L. 109. D. *de cond. et dem.* XXXV, 1. Rapolla a. a. O. §. 49. — *Haubold* §. 10. — Doch trügt diese Regel bisweilen. S. L. 7. D. *commun. praed.* VIII, 4. u. Rapolla a. a. O.

9) Z. B. L. 9. §. 3. D. *de donationib.* XXXIX, 5. Vgl. Savigny üb. die Lex Cincia (in der Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. IV. S. 40.). S. auch §. 67.

10) Thibaut §. 36.

§. 67.

e) Anwendung früherer Gesetze auf später erst aufgekommene Verhältnisse.

Ein Gesetz kann auch unter veränderten Umständen noch gelten, und überhaupt auf Gegenstände und Verhältnisse analogisch angewandt werden, welche zur Zeit seiner Entstehung noch gar nicht vorhanden waren. Die ratio legis umfaßt im Voraus alle und jede Fälle, welche dermaleinst unter dieselbe subsumirt werden können[1]), nicht nur so lange das ursprüngliche Recht selbst noch besteht[2]), sondern sogar auch alsdann noch, wenn dasselbe an sich aufgehört hat zu gelten[3]). Mag aber auch selbst die ratio legis nicht mehr existiren, so gilt doch der daraus abgeleitete Rechtssatz in der Bedeutung, welche ihm jetzt noch zukommen kann[4]). Es treffen hier mehrere der obigen Interpretations-Regeln zusammen, wodurch dieser Satz begründet wird[5]).

1) L. 26. 27. D. *de legibus.* „Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur — —, et semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas, et ad eas res pertineant, quae quandoque similes erunt."

2) So wurden z. B. viele Rechtssätze, die für die Usucapion, die hereditas, die Tutoren aufgestellt waren, analogisch auf die gleichzeitig geltenden Institute der l. t. praescriptio, der B. P., der Curatel übertragen.

3) Ein Beispiel enthält der Grundsatz: „ubi successionis est emolumentum, ibi tutelae onus esse debet" (T. Inst. *de legitima patronorum tut.* in fin.), den man auch auf das neueste Intestaterbrecht anwandte. Auf ähnliche Art wurden die L. 9. §. 1. L. 11. D. *de donat.* (XXXIX, 5.)

u. andere Stellen auf die großen Schenkungen des neueren Rechts angewandt. Vgl. v. Savigny Abh. üb. die L. Cincia (in der Zeitschr. f. g. R. W. IV. S. 42 fgg.) u. m. dgl.

4) Als Beispiele sind hier zu nennen: L. 29. D. *de usurp.* XLI, 3. et L. 2. C. *de distr. pignor.* VIII, 28., coll. cum *Gaji* instit. II. §. 52 — 60. — L. 9. §. 3. D. *de donat.* L. 9. §. 1. D. *de jure dotium* XXIII, 3. — Vgl. Savigny a. a. O. S. 40. 50 — 59. u. oben §. 65. a. E. S. auch L. 23. D. *de j. dot.*

5) Z. B. daß ein angemessener Wortsinn immer zu befolgen sei (§. 58.), daß ein Gesetz wegen seines nicht zutreffenden Grundes keineswegs für anwendbar erklärt werden dürfe (L. 21. 22. D. *de legib.*), daß ein Rechtssatz im Geiste des neuesten Rechts zu verstehen sei (§. 66. a. E.).

§. 68.

II. Besondere Regeln über Anwendung des Rechts.

Bei der Rechtsanwendung ist zunächst zweierlei zu berücksichtigen: die quaestio factio — wozu auch das quid actum sit? gehört[1]) — und die quaestio juris, so wie die gehörige Vermittelung beider. Was insbesondere I. die Thätigkeit des nicht rechtsprechenden Juristen anbelangt (bei Ertheilung von Responsen, Entwerfung von Rechtsgeschäften, gerichtlicher Stellvertretung), so muß derselbe 1) sich genau an das vorgetragene Factum halten[2]), ohne übrigens die irrelevanten Umstände näher zu berücksichtigen[3]); demnächst aber 2) von mehreren Rechtsverfolgungs- oder Vertheidigungs-Mitteln die wirksameren, so wie diejenigen zu wählen, welche am leichtesten durchzusetzen sind[4]). II. Der Richter aber hat Folgendes zu beobachten: 1) er darf die Functionen des Richters nicht mit denen des juristischen Rathgebers vermengen, auch keine factischen Umstände berücksichtigen, welche nicht in den Acten enthalten sind, wohl aber mangelhafte Rechtsansichten der Parteien und ihrer Sachwälte verbessern und überhaupt das Verfahren auf eine dem Zwecke und der Würde des gerichtlichen Verfahrens angemessene Art leiten[5]); 2) er soll die Individualität der Fälle nach den darüber oben (§. 43.) vorgetragenen Regeln berücksichtigen[6]). 3) Im Zweifel muß er eher lossprechen, als verurtheilen, und überhaupt die mildere Ansicht befolgen[7]), nicht blos bei Straferkenntnissen[8]), sondern auch bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten[9]); nur bei den s. g. cau-

sae favorabiles (Ehe, Dos, Freiheit, Testament) ist nicht darauf zu sehen, wer Kläger sei und wer Beklagter, sondern im Zweifel immer für das Vorhandenseyn und die Giltigkeit derselben zu sprechen [10]).

1) S. *Cic.* de or. I, 24. L. fin. D. *de her. vel act. vend.* XVIII, 4. u. *Brisson.* de V. S. voce *agere* §. 14. Vgl. Weber zu Höpfners theoret. pract. Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 26.

2) Daher die Redensarten: *secundum ea, quae proponerentur*, und ähnliche, welche wir in den Responsen der Röm. Juristen so häufig antreffen.

3) *Haubold* de responsor. medior. in Dig. obvior. interpret. observ. c. II. §. 9. in f. — N. Th. Gönner Grundsätze der jurist. Praxis (Bamb. 1796.). §. 313. 314.

4) A. D. Weber Beiträge zu d. Lehre von gerichtl. Klagen u. Einreden St. II. Nr. 10. — Jurist. Journal, herausgeg. von einer Gesellschaft pract. u. theoret. Juristen Bd. I. (Ronneb. 1798.) S. 247 fgg.

5) L. un. C. *ut, quae desunt advocatis partium, judex suppleat* II, 11. — Gönner üb. das Verhältniß der posit. Thätigkeit d. Richters zu der Willkühr der Parteien (Handb. des deutschen gemein. Prozesses — 2te Ausg. — I, 10.). — Vgl. *Cic.* orat. pro Caec. c. 3. *Gell.* noct. att. XIV, 2.

6) L. 4. §. 1. in f. D. *de incendio* XLVII, 9.

7) L. 125. L. 192. §. 1. D. *de reg. jur.*

8) L. 155. §. 2. D. *de reg. jur.* L. 5. pr. L. 32. D. *de poenis* XLVIII, 19. Reg. 49. *de reg. jur.* in VI. V, 12.

9) L. 125. D. *de reg. jur.* („Favorabiliores rei potius, quam actores habentur.") L. 47. D. *de obligat. et actionib.* XLIV, 7. L. 38. D. *de re jud.* XLII, 1. („*Inter pares numero judices si dissonae sententiae proferantur*, in liberalibus quidem causis pro libertate statutum obtinet, in aliis autem causis *pro reo*; quod et in judiciis publicis obtinere oportet. §. 1. *Si diversis summis condemnent judices, minimam spectandam esse Julianus scribit.*")

10) L. 70. D. *de jure dotium* XXIII, 3. L. 85. pr. D. *de reg. jur.* — L. 24. D. *de manumissionib.* XL, 1. L. 38. pr. *de re jud.* — L. 5. D. *testamenta quemadm. aperiantur* XXIX, 3. — c. 26. X. *de sentent. et re jud.* II, 27.

Viertes Kapitel.

Von der Concurrrenz und dem Conflict der Rechtsquellen.

§. 69.

Verhältniß des fremden zum einheimischen Recht.

Das fremde Recht hat nur subsidiarische Giltigkeit, mithin steht es dem einheimischen nach. Auch sind Begriffe und Einrichtungen jenes Rechts, welche der jetzigen Zeit völlig fremd sind, nicht zur Anwendung zu bringen, und eben so wenig die an sich noch anwendbaren auf die eigenthümlichen deutschen Rechtsinstitute zu beziehen, außer insofern von solchen Rechtsvorschriften die Rede ist, welche unabhängig von Zeit, Ort oder Gegenstand allgemein angewandt werden können[1]). Bei gemischten Rechtsinstituten sind die Entscheidungs-Grundsätze aus den verschiedenen Rechtsquellen gleichmäßig herzunehmen, sofern der Gegenstand der Anwendung dies zuläßt, und nicht dem einheimischen Recht ausdrücklich ein Vorzug vor dem fremden zugestanden ist; sonst entscheidet das bei dem Institut vorherrschende Element des einen oder des anderen Rechts[2]). Da übrigens das fremde Recht im Ganzen die Bedeutung eines älteren einheimischen hat, so sind neuere Bestimmungen als correctorische alsdann zu behandeln[2a]), wenn sie eine Norm über einen auch schon durch das fremde Recht bestimmten Gegenstand enthalten, ohne dasselbe in diesem Punct völlig aufzuheben[3]).

1) A. D. Weber Bemerkungen u. allgemeine Regeln zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauche des Röm. Rechts in deutschen Gerichten. Schwerin 1782. und in: Versuche über das Civilrecht u. dessen Anwendung Nr. I. — Meine jur. Encycl. §. 254.

2) J. St. Pütter Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrechte Bd II. Nr. XXVIII. §. 8—11. u. 22—26. Vgl. *Leyser* meditt. ad Pand. Sp. 43. m. 5. Es sind damit übrigens die Fälle nicht zu verwechseln, wo für verschiedene Personen oder Gegenstände ein verschiedenes Recht (z. B. Dotalrecht oder Gütergemeinschaft) besteht, oder auch eine freie Wahl möglich ist, ob man sich dem fremden oder einheimischen Recht unterwerfen wolle. Pütter a. a. O. §. 17—21.

2a) S. oben §. 62. Note 8. und §. 64. Note 10.

3) *J. Voet* ad Pand. I, 1. §. 2. — Pütter a. a. O. §. 27—30. — G. Hufeland Beiträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaft St. II. III. (Jena 1801.) Nr. VI. VII. — Spangenberg Einleitung S. 181. — Vgl. G. C. F. Linck über das Retentionsrecht der Ehefrauen u. s. w. (Rost. 1812.) S. 34. 35.

§. 70.

Verhältniß verschiedener Gesetze, denen an sich gleiche Kraft und Wirkung beizulegen ist. *)

Collidiren einheimische Gesetze mit einheimischen, oder fremde mit fremden, so entscheidet a) die größere Klarheit und Bestimmtheit. Was ausdrücklich und unzweideutig gesagt ist, geht dem vor, was erst durch Anwendung der Regeln über Auslegung dunkler und zweideutiger Gesetze entwickelt werden kann[1]); sodann b) die Regel: species derogat generi[2]), vor Allem aber c) die: lex posterior derogat priori[3]). Diese Regel läßt sich aber nicht anwenden, um darnach das Verhältniß des römischen zum can. Recht zu bestimmen, da beide im Ganzen gleichzeitig durch stillschweigende Reception Gesetzeskraft erhalten haben; mithin muß hierüber der Gerichtsgebrauch entscheiden[4]). Dagegen ist das Verhältniß der einzelnen Theile des fremden Rechts allerdings darnach zu bestimmen, indem wir mit der Reception dieser Rechtsbücher auch die darin aufgestellte Regel über den Vorzug des neueren Rechts vor dem älteren aufgenommen haben[5]).

*) (Hübner) Berichtigungen u. Zusätze zu den Instit. Nr. 5. 6. S. 8—22. — Schöman Handb. des Civilr. I. Nr. I. — Thibaut üb. das Verhältniß der einzelnen Theile des Röm. Rechts (civil. Abhandl. Nr. VI.). — Hufeland üb. den eigenthüml. Geist des Röm. Rechts Th. I. S. 131—182. — Spangenberg Einleit. in das Röm. Justin. Rechtsbuch S. 185—197. — v. Löhr üb. Justinians Compilation (in seinen u. Grolman's Magazin f. Gesetzgebung u. Rechtswissensch. III. Nr. VII.). — Fritz zu v. Wening's Lehrb. S. 7—17. — Vgl. *Haubold* inst. jur. Rom. priv. hist. dogm. lin. §. 257.

1) *Cic.* de invent. II, 49.

2) §. 52. u. das. die Noten 6. 7. — S. auch *Cic.* de invent. II, 49. — L. 32. pr. D. *de legib.* („De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est, et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, *tunc jus, quo urbs Roma*

utitur, servari oportet." Vgl. *A. Fabri* rationalia ad Pand. zu dieser Stelle Note d.). — Thibaut a. a. O. S. 89.

3) L. 4. D. *de const. princip.* I, 4.

4) Vgl. *J. H. Boehmer* Jus eccl. Protest. Lib. I. T. II. §. 70—73. — *Hofacker* pr. jur. Rom. Germ. T. I. §. 53. — Hübner a. a. O. S. 14—22. — Meine Encycl. §. 255. — E. F. Vogel Unters. über die Bestandtheile des Pand. R. S. 116—126. (Drittes Cap.) — Fritz a. a. O. S. 8.

5) A. M. ist Hübner S. 11. 12. Dagegen s. Weber zu Höpfner §. 16. Note 1. a. und Thibaut a. a. O. S. 81. — Ueber die Anwendung dieser Regel auf das can. Recht s. Glück Handb. des Röm. Privatrechts nach Günther §. 68.

§. 71.

Insbesondere von dem Verhältnisse der einzelnen Theile und Stellen des Justin. Rechts zu einander.

Es läßt sich aber die Regel keineswegs so anwenden, daß der jüngeren Stelle in der Compilation allemal der Vorzug vor der älteren gebühre[1]). Allerdings müssen wir oft davon ausgehen, daß ältere Rechtssätze und Lehrmeinungen nur des Zusammenhangs und des besseren Verständnisses wegen mit aufgenommen seien[2]); bei der bestimmten Erklärung Justinians aber, daß Alles als von ihm selbst angeordnet anzusehen sei[3]), kann auf die frühere oder spätere Entstehung der einzelnen Stellen an und für sich[4]) nichts ankommen, sondern nur auf die Zeit der von Justinian ausgehenden Promulgation[5]). Zuvörderst muß man nun zu zeigen suchen, daß ein Widerspruch überall nicht existire, entweder mit Hilfe der Kritik[6]), oder durch die Nachweisung, daß ein Satz nur früherer Rechtsverhältnisse wegen aufgenommen worden sei[7]), oder eine Verschiedenheit der Anwendungs-Fälle zu Grunde liege[8]), oder endlich, daß eine Stelle nur als historisch referirt zu betrachten sei[9]). Reicht dies Alles aber nicht aus, so ist das Verhältniß nach folgenden Regeln zu bestimmen: **1**) Die Novellen gehen allen übrigen Theilen der Compilation, die neuere Novelle aber geht der älteren vor. Die aus denselben excerpirten Authentiken müssen, nach einer consequenten Theorie, den Novellen nachstehen[10]). **2**) Der Constitutionen-Codex geht den Pandekten und Institutionen vor[11]). **3**) Pandekten und

Institutionen stehen an sich einander gleich[12]), eben so wie die einzelnen Stellen desselben Theils der Compilation (s. Note 1.), falls nicht entweder deutlich der Vorzug der einen Stelle vor der anderen erklärt ist[13]), oder gezeigt werden kann, daß durch ein Versehen der Compilatoren die nämliche Stelle an dem einen Orte richtiger und vollständiger, wie an dem anderen excerpirt ist[14]). In beiden Fällen bringen wir nämlich den Grundsatz zur Anwendung, daß der erkannte Wille des Gesetzgebers dem blos buchstäblichen Sinne vorgehe[15]). Kann nun auch auf diese Weise der Conflict nicht entschieden werden, so läßt man entweder die widerstreitenden Stellen auf sich beruhen und entscheidet den Fall nach allgemeinen Rechtsregeln[16]), oder man nimmt zur authentischen Interpretation seine Zuflucht.

1) A. M. ist *J. L. E. Püttmann* miscellaneor. liber singular. c. 23. *Sammet* Hermeneut. p. 44. Nr. 1. Hübner a. a. O. S. 14. Glück Handbuch zu Günther §. 97. Nr. VI. — Dagegen s. Thibaut a. a. O. S. 98. 104. 105.

2) v. Löhr a. a. O. §. 5. — Vgl. oben §. 11. a. E.

3) Cod. *deo auct.* §. 6. 7. 10. C. *tanta* §. 20. C. *cordi nobis* §. 3.

4) Denn s. den Text zu den Noten 2. u. 9.

5) C. *summa reipubl.* §. 1. C. *deo auct.* §. 10. Nov. 158. c. 1. — Vgl. die Note 3.

6) S. z. B. L. 34. §. 4. D. *de jurejur.* XII, 2. (Vgl. *Eckhard* Herm. jur. §. 283.)

7] v. Löhr §. 6.

8) C. *tanta* §. 14. 15. — Nov. 158. — L. 34. §. 1. 2. D. *de legat.* I. vgl. mit §. 6. I. *de legat.* II, 20. — L. 4. §. 1. D. *ad L. Aquil.* IX, 2. vgl. mit L. 9. D. *ad Leg. Cornel. de sicariis* XLVIII, 8. — L. 27. D. *de a. r. d.* (XLI, 1.) vgl. mit L. 23. §. 5. D. *de R. V.* (VI, 1.).

9) Zu weit geht hier Schöman (Handb. I. 1.), indem er im Wesentlichen die Hübnersche Ansicht (s. Note 1.) annimmt, auch wohl Thibaut a. a. O. S. 92. 93. u. log. Ausleg. S. 165. — Vgl. v. Löhr S. 215.

10) Weber Bemerkk. zur Beförd. einer gründl. Theorie der Anwendung des Röm. R. §. 9. Hübner a. a. O. C. G. Konopak die Institutionen des R. R. (Halle 1807.) §. 59. Note x. — A. M. ist *J. J. Scherz* de authenticar. auctoribus et auctoritate c. II. (in *Zepernick* Biga libellor. Auth. — illustr. p. 30—32.) u. *C. F. Zepernick* comment., quibus ex causis Nov. Leon. recept. non sint c. III. §. 25. (bei *C. A. Beck* de Novell. Leonis libro singulari p. 540, 541.).

11) Vgl. hiebei übrigens Thibaut a. a. O. S. 82—86. u. S. 92 fgg., auch Fritz a. a. O. S. 10—13.

12) Vgl. oben §. 10. Note 11. — A. M. sind *Hofacker* princ. jur. Rom. Germ. §. 42. 2. b., ferner Thibaut S. 96. u. v. Löhr S. 214., welche glauben, daß man durch Anwendung des histor. Interpretationsprinzips

immer auf den Vorzug der Institutionen vor den Pandekten kommen müsse, wogegen Andere den Pandekten in der Regel den Vorzug einräumen wollen (z. B. Mackeldey Lehrbuch §. 98. Nr. III. — Vgl. über die letztere Meinung auch Biener Gesch. der Novellen S. 128. und 224.) — Widerlegt wird diese Meinung durch C. *tanta* §. 11. a. E.: „et praedictos libros (Institutionum) *constitutionum vicem habere jussimus.*"

13) L. 23. §. 3. D. *de R. V.* VI, 1. vgl. mit §. 34. I. *de rer. divis.* II, 1. (Glück a. a. O. Nr. V. b.) — A. M. ist Konopak a. a. O. Note z.

14) §. 25. I. *de rer. divis.* vgl. mit L. 7. §. 7. D. *de aequ. rer. domin.* XLI, 1. (S. übrigens Hufeland a. a. O. S. 171—180.) — Glück a. a. O. Nr. V. a. v. Löhr S. 212.

15) Vgl. §. 58. Note 6. 7. — v. Löhr a. a. O. S. 215.

16) A. M. ist v. Löhr §. 10. S. jedoch oben §. 42. §. 63. Note 1. §. 65. Note 7.

§. 72.

Vom Conflict verschiedener Landes- und Ortsrechte.*)

Eine Rechtspflege, welche auf den Grundsätzen wahrer Gerechtigkeit beruht, wird nicht selten auch auf das auswärtige Recht Rücksicht nehmen müssen, und so entsteht denn die Frage, wie es zu halten sei, wenn die Gesetze verschiedener Länder oder Orte mit einander in Collision kommen, z. B. die des Domizils, der belegenen Sache, des Orts wo eine (erlaubte oder unerlaubte) Handlung vorgenommen, oder durch Urtheil oder Vergleich entschieden ist, so wie des Orts wo das anderswo entstandene Rechtsverhältniß realisirt oder gerichtlich geltend gemacht werden soll. Durch eigentliche Gesetzesvorschriften konnte dieser Gegenstand nicht, oder doch nicht vollständig, normirt werden [1]); dennoch fehlt es hierüber nicht an leitenden Grundsätzen, welche, so weit sie das bürgerliche Recht betreffen [2]), jetzt folgen sollen: I. Das Recht der Persönlichkeit und was damit in genauer Verbindung steht, daher denn auch das Recht der Universal-Succession [3]), ist nach den Gesetzen des Orts zu bestimmen, wo Der, von dessen Rechten oder Beerbung die Rede ist, sein Domizil hat [4]), sofern dies mit den Prohibitiv-Gesetzen des Orts, wo jenes zur Anwendung kommen soll, bestehen kann [5]). Mit der Veränderung des Wohnorts ändert sich freilich auch dies allgemeine Rechtsverhältniß, doch darf dies nicht mit einer

Störung bestimmter Rechte verknüpft seyn, welche auf den Grund desselben bereits erworben sind[6]). II. Die rechtlichen Verhältnisse, welche sich unmittelbar auf Sachen beziehen, — auf Eigenthum und Besitz, deren Erwerb und Geltendmachung, auf staatswirthschaftliche und polizeiliche Beschränkungen, auf gerichtliche Abpfändungen und überhaupt auf Hilfsvollstreckung, u. dgl m. — sind nach den jura rei sitae zu beurtheilen[7]); der gewöhnlich in der Wissenschaft und auch in Particular-Gesetzen gemachte Unterschied zwischen unbeweglichen und beweglichen Sachen läßt sich nach keinem Prinzip vertheidigen[8]).

*) *Ulr. Huber* praelectiones juris civilis T. II. p. m. (ed. *Thomasius*) 538 — 543. — *Jo. Voet* ad Pand. Libr. Tit. IV. P. II. — *Sam. Stryk* D. de jure principis extra territorium (Frcf. 1676.) c. III. — *Jo. Nic. Hertius* D. de collisione legum (opusc. Vol. I. T. I. p. 91 — 158.) Sect. IV. et VI. — *C. F. Hommel* rhapsodia quaestion. in foro quotidie obvenientium, obs. 409. — *C. F. Böschen* in der oben (§. 47. Note 1.) angef. Diss. — *Jo. Th. Seger* (resp. *Wolff*) D. de vi legum et decretorum in territorio alieno, Lips. 1777. — A. D. Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 62. u. 95. — *C. C. Hofacker* principia jur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 137 — 144. — *C. S. Zachariae* lib. quaestionum (Wittenb. 1805. 8.) I. qu. 1. — *Did. Meier* D. de conflictu legum diversarum in diversis locis obtinentium. Brem. 1810. 8. — *F. W. Tittmann* D. de competentia legum externarum et domesticarum in definiendis potissimum jurib. conjugum. Hal. 1822. 8. — C. F. Eichhorn Einleit. in das deutsche Privatr. §. 34 — 37. (Vgl. *Haubold* Pand. §. 25.)

1) *Huber* l. l. §. 1. — *Hert.* §. 3. — *Seger* §. 1. 2. 3. 8. — *Böschen* §. 14. 15. — *Meier* §. 4.

2) Ueber öffentliche, insbesondere über Strafrechts-Sachen s. *Böschen* §. 20 — 26. 34. 35. — *Hommel* rhaps. qu. obs. 281. — *Seger* l. l. §. 7. — C. A. Tittmann Handb. d. Strafrechtswissensch. I. (Halle 1806.) §. 62. — *Meier* §. 15. 16. — Martin Lehrb. d. teutschen gem. Criminalr. Hauptabschn. I. (Heidelb. 1820.) §. 26.

3) Vgl. Eichhorn a. a. O. §. 35. Nr. 2, u. 3. (s. auch die folgende u. die siebente Note).

4) Arg. L. 65. D. *de judiciis* V, 1. („Exigere debet mulier dotem illic, ubi maritus domicilium habuit, non ubi instrumentum dotale conscriptum est: nec enim id genus contractus est, ut et eum locum spectari oporteat, in quo instrumentum dotis factum est, quam eum, in cujus domicilium et ipsa mulier per conditionem matrimonii erat reditura.") — *Huber* §. 12 — 14. — *Hert.* §. 8. 11. 12. 13. 24. 26. 35. 39. 46. 47. — *Hofacker* §. 139. Nr. I. und §. 143. Nr. II. — *Meier* §. 10. 28. 29. 31. 32. 34 sqq. — *Tittmann* §. 34. 35. 43. 44.

5) *Huber* §. 13. *Zachariae* §. 8. — Vgl. auch oben §. 33. a. E. und die Note 10. des folg. §. u. Nr. IV.

6) *Meier* §. 38. u. *Tittmann* §. 21. 24 sqq.

7) Nach dem jus rei sitae darf aber das Universal-Erbrecht keineswegs bestimmt werden, weder das testamentarische noch das Intestat-Erbrecht, auch nicht in Ansehung der zur Erbschaft gehörigen Sachen, sondern nach dem jus domicilii des Verstorbenen (arg L. 19. pr. u. 34. D. *de judic.* V, 1. „— heres absens ibi defendendus est, ubi defunctus debuit, et conveniendus, si ibi inveniatur — — —, quia succedit in ejus locum, a quo heres relictus est", L. 22. D. *de fidejussor.* XLVI, 1. „— — quia hereditas personae vice fungitur." — L. 31. §. 1. D. *de hered. instit.* XXVIII, 5. „— — quia creditum est, hereditatem dominam esse et defuncti locum obtinere —"); nur insofern vom Erwerb einzelner Sachen, oder von besonderen Successions-Arten die Rede ist, welche für bestimmte Sachen gelten (z. B. für Lehen und Familien-Fideicommiß-Güter), kann von Anwendung des Rechts, wo die Sache belegen ist, die Rede seyn. Vgl. *Meier* l. l. §. 34—42. — *Tittmann* §. 29. 48. u. überhaupt unten Bd. III. §. 683.

8) Arg. L. 38. in f. D. *de judiciis.* — A. M. sind fast alle Schriftsteller über diesen Gegenstand (vgl. auch das Landr. f. die Preuß. Staaten Einl. §. 28—30.). Für die beweglichen Sachen sollen die jura domicilii, und nur für die unbeweglichen die jura rei sitae, indessen auch selbst in Ansehung des Universalerbrechts zur Anwendung kommen. S. dagegen *Meier* a. a. O. Den ganzen Unterschied verwerfen auch F. A. Meißner vom stillschw. Pfandrecht §. 23. A. u. *Tittmann* §. 51. — Vgl. Eichhorn §. 46. Nr. 2.

§. 73.

III. Was die Eingehung von Rechtsgeschäften anbetrifft, so scheint es am consequentesten zu seyn, die Fähigkeit dazu, sofern nicht vom Erwerb einzelner auswärts belegener Sachen die Rede ist, nach dem jus domicilii zu entscheiden[9]). Im Uebrigen aber kommt die Regel zur Anwendung: Locus regit actum[10]). Darum ist denn a) die formelle Giltigkeit eines Rechtsgeschäfts nach den Gesetzen des Orts zu bestimmen, wo dasselbe vorgenommen wird[11]), falls nicht an einem auswärtigen Orte etwas geschieht, um das einheimische Gesetz zu umgehen[12]), oder dingliche Rechte gegen die Form der jura rei sitae begründet werden sollen[13]). Aber auch b) die Wirkung des Geschäfts ist nach obiger Regel zu bestimmen, sowol an sich[14]), als auch in Beziehung auf die dadurch begründeten Rechtsverfolgungs- und Vertheidigungs-Mittel[15]), jedoch mit folgenden Modificationen: 1) sofern nicht die nach den jura domicilii oder rei sitae zu normirenden Rechtsverhältnisse zur Frage stehen (s. den vor. §.), oder 2) auf den Grund der Regel: Locus regit actum, gegen die Prohibitiv-Gesetze eines anderen Orts etwas geschehen soll[16]), oder 3) die Contrahenten sich durch ausdrückliche oder stillschweigende Privat-

autonomie den Gesetzen eines anderen Orts unterworfen haben[17]). IV. Kommt es nun zu gerichtlichen Verhandlungen, so hat der Richter allemal die für ihn geltenden Prozeß-Gesetze zu befolgen[18]); inwieweit er sonst aber auf auswärtige Gesetze Rücksicht zu nehmen habe, richtet sich nach den oben vorgetragenen Grundsätzen. Eine Anwendung davon 1) auf das Verjährungsrecht ergiebt, daß die s. g. Acquisitiv-Verjährung nach den jura rei sitae, die Extinctiv-Verjährung aber, da sie mit dem Entstehungsgrunde der Klage nicht in Verbindung steht, nach den Gesetzen des Klageorts zu beurtheilen ist, es wäre denn, daß der Kläger durch die Schuld des Beklagten sich an einem anderen, als dem verabredeten Orte zu klagen genöthigt sieht[19]). 2) Rescissionsklagen, Ansprüche auf Schadensersatz, u. a. Rechte, die mit dem Grunde des Rechtsverhältnisses selbst zusammenhängen, sind in Gemäßheit der Gesetze des Orts, wo contrahirt ist, zu bestimmen, sofern die Contrahenten sich nicht durch Privatautonomie anderen Gesetzen unterworfen haben[20]). — Nach gleichen Grundsätzen ist denn auch der Fall zu entscheiden, wenn ein richterliches Urtheil von einem auswärtigen Richter vollstreckt wird[21])

9) *Meier* §. 39. Vgl. Allgem. bürgerl. Gesetzbuch f. die deutschen Erbländer der Oesterr. Mon. §. 34. — Landr. f. die Preuß. St. Einl. §. 23. 35. — Zum Theil a. M. sind *Hüber* §. 13. u. *Hert.* §. 22.

10) Von den mancherlei Einschränkungen dieser Regel s. Eichhorn §. 37. und die weiter unten folgende Ausfuhrung.

11) *Huber* §. 3—5. *Hert.* §. 10. init. §. 57. 59. *Hofacker* §. 142. Nr. III. — *Zachariae* a. a. O. §. 6. — Vgl. Eichhorn §. 36. Nr. 4. — Uebrigens vertheidigen Manche (z. B. *Voet* a. a. O. §. 15. *Zachariae* §. 8. Nr. 1. a. E. *Tittmann* §. 15 fgg.) die Giltigkeit eines auswärts, aber nach den Gesetzen des Domizils oder der belegenen Sache geschlossenen Geschäftes, gestützt auf Julians Ausspruch in der L. 12. (13.) D. *de reb. dub.* (XXXIV, 5.) „Quoties ambigua oratio est, id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat." S. auch Landr. f. die Pr. St. Th. I. Tit. V. §. 112—114. und Eichhorn §. 37. Nr. 1. a. E.

12) *Voet* l. c. §. 14. — Pfeiffer pract. Ausführungen Bd. 3. S. 83 fgg. Nr. IV.

13) *Zachariae* l. l. §. 6. a. E.

14) Arg. L. 8. pr. in f. *mandati* XVII, 1. („— uniuscujusque enim contractus initium spectandum et causam.") L. 6. D. *de evictionib.* XXI, 2. („Si fundus venierit, ex consuetudine ejus regionis, in qua negotium gestum est, pro evictione caveri oportet.") L. 1. pr. D. *de usuris* XXII, 1. (Vgl. Note 16.) L. 34. D. *de reg. jur.* —

Hert. §. 54. — Weber §. 62. — Ueber die zwischen Abwesenden geschlossenen Geschäfte s. *Hommel* rhapsod. qu. obs. 409. Nr. 17. 18. — *Tittmann* §. 41. — Vgl. auch Note 17.

15) *Meier* §. 45. — A. M. ist zum Theil Weber a. a. O. §. 95. S. indessen Eisenhart Erzähl. besonderer Rechtshändel IV. Nr. XV.

16) L. 1. pr. D. *de usuris.* („Cum judicio bonae fidei disceptatur, arbitrio judicis usurarum modus, ex more regionis, ubi contractum est, constituitur, *ita tamen, ut legi non offendat.*") — *Zachariae* §. 8. 9. — *Tittmann* §. 7. 11.

17) L. 21. D. *de O. et A.* XLIV, 7. („Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo, ut solveret, se obligavit.") L. 65. D. *de jud.* (not. 4.). — *Huber* §. 10. — *Tittmann* §. 39. — Die rechtliche Wirkung eines Testaments richtet sich nach den Gesetzen des Orts, wo der Testirer sein Domizil hat. S. oben Note 7.

18) Thibaut Pand. §. 38. Nr. 2. — Vgl. *Stryk* l. c. Nr. 34—40. — *Hert.* §. 68 sqq. — *Hommel* rhapsod. modo cit. Nr. 10. — *Meier* §. 50 sqq. — Gensler's Handb. zu Martin's Lehrb. des bürgerl. Processes I. S. 31—33. — Mittermaier im Archiv für civ. Praxis Bd. XIII. Nr. XVI. — Hollweg Versuche über die Theorie des Civilproz. S. 19 fgg.

19) Vgl. *Huber* §. 7. — *Hert.* §. 65. — *Seger* §. 10. — Weber §. 95.

20) Zum Theil a. M. ist *Hert.* §. 53. u. 66. Vgl. *Meier* §. 49.

21) *Huber* §. 6. — *Seger* §. 11. — *Meier* §. 18. Nr. 1. — *Tittmann* §. 5. — Mittermaier im Arch. für civ. Pr. Bd. XIV. Nr. III.

Zweites Buch.

Das Recht.

Erstes Capitel.

Von den Rechten und den Hauptgattungen derselben.

§. 74.

Begriff und Wesen des Rechts.

Recht nennen wir die Befugniß zu (äußeren) Handlungen (oder Unterlassungen). Jedem Recht entspricht eine Pflicht, entweder die allgemeine Pflicht, das Recht zu achten, (nicht zu verletzen), oder die besondere bestimmter Menschen, dem Berechtigten zu erfüllen, was sie ihm schuldig sind; (daher der Gegensatz von absoluten und relativen Rechten). Ein Recht setzt die Befugniß voraus, dasselbe durch richterlichen Zwang geltend zu machen, und zwar regelmäßig durch Klagen (vollkommenes Zwangsrecht), ausnahmsweise nur im Wege der Vertheidigung, oder durch Exceptionen (unvollkommenes Zwangsrecht). Die Grundbedingungen aller Rechte sind: ein rechtsfähiges Subject (persona), ein geeignetes Object (d. h. ein solches, welches als Object rechtlicher Einwirkung gedacht werden kann), und ein Grund, wodurch dieses jenem unterworfen wird.

§. 75.

Gegensatz von jus und factum.

Der Ausdruck Factum wird dem jus auf mehr als eine Art entgegengesetzt: a) bedeutet es die nach rechtlichen Normen

zu beurtheilende Thatsache[1]), b) die Ausübung von Rechten[2]). Die Ausübung eines Rechts ist oftmals für dieses selbst und dessen richterliche Bestimmung von großem Gewicht[3]); am wichtigsten aber erscheint sie als Recht des Besitzes, welches seinen Grundbedingungen nach auf factischer Ausübung des Eigenthums beruht[4]). Es ist übrigens nur eine besondere Anwendung dieses zweiten Begriffs von Factum, wenn es heißt: quae facti sunt, ad dominum non transeunt, oder: die factische Ausübung eines Rechts dürfe der Hausherr nicht in Anspruch nehmen, wenn sie bei der Begründung desselben auf die hausunterthänige Person selbst (Sclaven oder Hauskinder) gestellt ist[5]). c) Die Begründung eines Rechts durch gewöhnliche Handlungen, im Gegensatz der formellen Rechtsgeschäfte[6]). d) Factum wird bisweilen auf eine bestimmte Klasse von Rechten selbst bezogen, d. h. als Gegensatz solcher Rechte, die ihren Grund im alten Civilrecht haben[7]), und überhaupt auf die ihrem Wesen nach nicht nach streng juristischen Regeln, sondern nach allgemeinen und freieren Rechtsnormen zu beurtheilenden Verhältnisse. Da es unter diesen wieder Abstufungen giebt, so wird bisweilen der Ausdruck factum (oder in facto consistit) vorzugsweise von solchen Rechten verstanden, wobei streng juristische Regeln ganz und gar nicht zur Anwendung kommen[8]).

1) S. z. B. L. 79. §. 1. D. *de jud.* V, 1. („Judicibus de *jure* dubitantibus praesides respondere solent, de *facto* consulentibus non debent praesides consilium impertire." — Tit. D. *de juris et facti ignorantia.* — L. 24. D. *de reg. jur.* („Quatenus cujus intersit in facto, non in jure consistit.") — Vgl. §. 68. zu Anfang.

2) Nach einer im gemeinen Leben üblichen Redeweise wird Besitz (und so auch bei den Römern possessio) auf jede Ausübung eines Rechts bezogen. *Cic.* de or. II, 49. „Quod ubi sensi, me in possessione judicii ac defensionis meae constitisse." Derf. de lege agrar. II, 27. „— retinete istam possessionem gratiae, libertatis, suffragiorum, dignitas" etc.

3) Z. B. L. 8. §. 3. D. *si servit. vind.* VIII, 5. („Si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere, *siquidem tigna immissa sint*, eum, qui servitutem sibi deberi ait: si vero non sunt immissa, eum, qui negat.") — L. 14. D. *de probationib.* XXII, 3. („Circa eum, qui se ex libertinitate ingenuum dicat, referendum est, quis actoris partibus fungatur? Et, *si quidem in possessione libertinitatis fuit*, sine dubio ipsum oportebit ingenuitatis causam agere, docereque se ingenuum esse: sin vero in possessione ingenuitatis sit, et libertinus esse dicatur, hoc probare debet, qui eum dicit libertum suum.")

4) L. 44. D. *de acq. v. amitt. poss.* XLI, 2. („dixi — *jus possessionis* ei non videri perentum.") — L. 49 pr. et §. 1. *eod.* („cum — plurimum ex jure possessio mutuetur" —; „quia possessio non tam corporis, sed et juris est.") — L. 19. D. *ex quib. causs. maj. c. c. v.* IV, 6. („— possessio autem plurimum facti habet, causa vero facti non continetur postliminio.") — L. 53. D. *de acq. rer. domin.* XLI, 1. („Quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere, acquirimus.") — L. 1. §. 3. D. *de acq. v. amitt. poss.* („Ofilius et Nerva etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum ajunt: eam enim rem facti, non juris esse." — Vgl. Savigny das Recht des Besitzes §. 5.

5) §. 2. I. *de stipulatione servorum* III, 18. („Sed cum factum in stipulatione continebitur, omnimodo persona stipulantis continetur: velut si servus stipuletur, ut sibi ire, agere liceat; ipse enim tantum prohiberi non debet, non etiam dominus ejus." Vgl. Vinnius zu dieser Stelle.) — L. 44. D. *de condit. et demonstr.* XXXV, 1. („Qui heredi dare jussus est, servo alieno instituto, non domino dare debet, nam et si alio herede instituto jussus est servo Titii dare, ipsi servo datur: *quia, quae facti sunt, non transeunt ad dominum*, quemadmodum si mihi aut servo Titii stipulatus sim, non Titio, sed servo ejus dari potest.") L. 130. D. *de V. O.* XLV, 1. („Quod dicitur, patrem filio utiliter stipulari, quasi sibi ille stipularetur, hoc in his verum est, quae juris sunt, quaeque acquiri patri possunt: alioquin, si factum conferatur in personam filii, inutilis erit stipulatio, velut ut tenere ei, vel ire agere liceat.") L. 21. pr. D. *de pactis* (II, 14.). — Vgl. auch L. 76. pr. *eod.* u. dazu die Erklärung in meiner Cession §. 24. gegen d. Ende.

6) L. 7. §. 3. D. *de cur. fur.* (XXVII, 10.) „— quia solutio, venditio, traditio *facti magis sunt, quam juris.*"

7) Vgl. oben §. 1. Note 9.

8) L. 49. pr. u. §. 1. D. *de acq. poss.* cum L. 10. D. *de cap. min.* IV, 5. „Legatum in annos singulos vel menses singulos relictum, vel si habitatio legetur, morte quidem legatarii legatum intercidit, capitis deminutione tamen interveniente perseverat, *quia tale legatum in facto potius, quam in jure consistit.*" — S. auch L. 27. u. 32. D. *de donat.* XXXIX, 5.

§. 76.

Die Hauptgattungen der Rechte.

I. Gegenwärtiges, künftiges Recht *).

Ein jus futurum ist vorhanden a) wenn der Gegenstand desselben entweder überall oder im Rechtssinne noch nicht existirt [1]), oder sonst die Verwirklichung eines Anspruchs von einem noch ungewissen Ereigniß, das aber gleichwohl keine eigentliche Bedingung ist, abhängt [1a]); b) wenn dessen Daseyn an den Eintritt einer Bedingung oder Zeit geknüpft ist; c) wenn zwar die rechtliche Möglichkeit eines Erwerbs einge-

treten, dieser selbst aber nicht erfolgt ist (jus delatum, jus acquisitum). Eben so viele Arten des jus praesens giebt es denn auch, da dieser Begriff nur durch den Gegensatz bestimmt wird. Auch das künftige Recht nun, wenn nur ein juristischer Grund dafür im Allgemeinen schon eingetreten ist, hat Anspruch auf rechtlichen Schutz [2]) durch Anwendung der hier geeigneten Rechtsmittel [3]). Verschieden von dem jus futurum ist übrigens das jus quiescens, d. i. ein solches, dessen Ausübung ein zeitiges Hinderniß, ein juristisches [3a]), oder ein natürliches [4]), im Wege steht.

*) *J. H. Boehmer* D. de jure futuro. (Exercitatt. ad Pandect. T. I. exercit. V.)

1) Beispiele: L. 32. §, 1. D. *de S. P. U.* (VIII, 2.) L. 8. §. 1. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) L. 34. D. *de pignorib.* (XX, 1.).

1a) Z. B. L. 7. pr. L. 19. §. 1. D. *de damno inf.* (XXXIX, 2.).

2) L. 13. §. 5. D. *de pignorib.* XX, 1. — L. 1. D. *ut legator. seu fideic. servandor. causa caveatur* XXXVI, 3. — L. 7. pr. D. *de damno infecto* XXXIX, 2. rel. — *J. H. Boehmer* D. cit. cap. II.

3) L. 35. in f. D. *de judic.* V, 1. („— neminem puto dubitaturum, quin fidejussor ante obligationem rei accipi possit, judicium vero, ante aliquid debeatur, non posse.") — Vgl. *Boehmer* l. l. c. 1. §. 6.

3a) Z. B. väterliche Gewalt. Ein anderes Beispiel s. L. 30. §. 1. u. 4. D. *de a. v. o. h.* (XXIX, 2.) L. 4 in f. D. *de B. P. c. t.* (XXXVII, 4.).

4) Beispiele in L. 13. pr. et L. 25. pr. D. *de acq. v. amitt. poss.* XLI, 2.

§. 77.

II. Eintheilung der Rechte nach ihrem Inhalte und zwar A) ihren Haupt-Bestandtheilen.

Jedes Recht muß einen Gegenstand haben. Da nun ein Recht in der moralischen Möglichkeit zu Handlungen oder Unterlassungen besteht, so ist Gegenstand des Rechts überhaupt Alles, was durch dasselbe möglich wird [1]). Ein Recht läßt sich aber in zwei Haupt-Bestandtheile auflösen; diese sind: a) der Inbegriff der Befugnisse, welche dessen eigenthümliches Wesen bilden (das Recht an sich); b) die Möglichkeit, eine Verwirklichung dieser Befugnisse durch rechtliche Zwangsmittel zu fordern [2]), — Klage — Exceptionsrechte u. s. w., im Allgemeinen actio genannt [3]). Die genauere Betrachtung des Wesens der Rechte führt uns indessen noch auf andere Eintheilungen [4]), welche ihres allgemeinen Characters wegen hier ebenfalls ihren Platz finden müssen.

1) Thibaut Versuche II. S. 3. Vgl. Unterholzner jurist. Abhandl. S. 132—136.

2) (Hübner) Berichtt. u. Zusätze zu den Institt. des Röm. R. S. 54.

3) L. 51. D. *de O. et A.* XLIV, 7. („— est actio — jus, quod sibi debeatur, judicio persequendi.") — L. 37. *eod.* [„Actionis verbo continetur in rem, in personam, directa, utilis, praejudicium, — stipulationes etiam praetoriae, quia actionum instar obtinent" (vgl. L. 1. §. 2. D. *de stipul. praetor.*) — „Interdicta quoque actionis verbo continentur."] — L. 1. D. *de except.* XLIV, 1. („Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur.") — Uebrigens s. Hugo civ. Magaz. IV. S. 23. a. E. fgg. und Duroi im Arch. für civ. Pr. VI. S. 423 fgg. (§. 23.) Auch §. 26. S. 429 fgg.

4) Eine völlige Uebereinstimmung der Rechtslehrer in diesem Puncte ist freilich wohl nicht zu erwarten. Vgl. C. A. D. Unterholzner jurist. Abhandll. — Münch. 1810. 8. — Nr. III. S. 93—198. — G. F. Puchta im Rhein. Museum III. S. 297—305.

§. 78.

B) Nach ihrem wesentlichen Character.

Das gesammte Privatrecht bezieht sich auf drei Hauptbegriffe: das Rechtssubject (persona), das Rechtsobject (res, d. h. hier: die Dinge außer uns, worauf sich ein Recht beziehen kann), und die Forderungsverhältnisse (obligationes). Hiernach lassen sich auch drei Klassen von Rechten unterscheiden [1]) (wobei freilich der zweite Begriff in einer etwas engeren Beziehung gedacht werden muß): die Personenrechte, die (unmittelbaren) Sachenrechte, die Forderungsrechte [1a]). Unter jenen kann man verstehen: die Rechte der Persönlichkeit und des status [2]), nebst allen damit zusammenhängenden Rechtsverhältnissen. Ein unmittelbares Sachenrecht ist vorhanden, wenn das Object geradezu dem berechtigten Subject unterworfen ist, — im Gegensatz einer obligatio, wodurch man fremde Sachen zu nutzen oder zu behandeln befugt wird [3]). Ein Forderungs-Verhältniß ist das zwischen bestimmten Personen — dem Gläubiger und dem Schuldner — bestehende Band, in Folge dessen Jener von Diesem die Erfüllung einer Verbindlichkeit verlangen darf [4]). Der Ausdruck Forderungsrechte umfaßt auch die Actionen aller und jeder Art, welche überdies mit den Obligationen Manches gemein haben, sowohl ihrem Grunde als ihrer Wirkung nach [5]), was im altrömischen Prozesse auch äußerlich vermittelt wurde [6]). Die unmittelbaren Sachen- und Obligationenrechte

pflegt man häufig als Vermögensrechte zu bezeichnen; doch paßt dieser Ausdruck keineswegs auf alle [7]).

1) Vgl. hierüber *Fr. Connani* commentarii jur. civil. Lib. III. c. I. Nr. 1. — *H. Donelli* comment. jur. civ. Lib. II. c. 7. 8. — Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. II. Nr. 1. — Hugo civ. Magaz. Bd. IV. Nr. I. Bd. V. Nr. XV. Bd. VI. Nr. XV. S. 289 fgg. — Vgl. auch oben §. 28. — A. Schweppe juriſt. Magazin. (Alt. 1818.) Nr. II. S. 6—13.

1 a) Daß in der Stelle von Gajus (Instit. I. §. 8. — §. 12. J. *de jure n. g. et c.* u. L. 1. D. *de statu homin.*) der Ausdruck jus im objectiven Sinn genommen ſei, wird wohl Niemand mehr läugnen. Dies hindert ja aber keineswegs, den zu Grunde liegenden Begriffen auch eine ſubjective Beziehung zu geben.

2) L. 2. D. *de statu homin.* — Pr. I. *de capit. deminut.*

3) Meine Ceſſion d. Forderungsr. §. 2.

4) L. 3. pr. D. *de O. et A.* XLIV, 7.

5) Hugo civ. Mag. IV. S. 21 fg. V. S. 400. — *G. T. L. Marezoll* de ordine Institutionum (Goett. 1815.) p. 17 sqq. — Meine Ceſſion §. 2. u. daſ. den Text zu Note 23—29. d. 3. A. — Ueber die practiſche Bedeutung des durch Prozeß begründeten obligatoriſchen Verhältniſſes ſ. vorläuf. L. 36. §. 1. L. 45. L. 63. D. *de rei vind.* VI, 1. Haſſe die Culpa des Röm. Rechts. S. 496 fg. Note e.

6) Vgl. *Theophili* Paraphr. ad Inst. Lib. III. Tit. de oblig. in pr. (*Μητέρες γὰρ τῶν ἀγωγῶν αἱ ἔνοχαί*). — Hugo civiliſt. Magaz. IV. S. 23 fgg. V. S. 405—409. S. 427 fgg. (Nr. 3.). *Marezoll* l. l. p. 18 sqq. Duroi im Archiv für civiliſt. Pr. VI. S. 421.

7) S. meine Ceſſion §. 26. Nr. I. — Vgl. Duroi a. a. O. S. 432 fgg. (§. 27.)

§. 79.

C) Nach den Klagen (jus in rem und in personam) *).

Der Ausdruck in rem wird in unſeren Rechtsquellen für dasjenige genommen, was allgemein und ohne Einſchränkung gilt [1]), und ſteht alsdann gewöhnlich dem Ausdruck in personam — d. i. einer Beſchränkung auf beſtimmte Perſonen — entgegen. So iſt von pacta in rem und in personam die Rede [2]), von exceptio in rem [3]), und in dieſem allgemeinen Sinn gebrauchten wenigſtens die Verfaſſer der Juſtinianiſchen Inſtitutionen den Ausdruck in rem actio, im Gegenſatz der in personam actio [4]); die claſſiſchen Juriſten ſcheinen jedoch den erſteren Ausdruck blos auf die Eigenthumsklage, ſo wie auf die derſelben nachgebildeten Klagen bezogen zu haben [5]). Hierauf nun haben die neueren Juriſten die Begriffe jus in rem

und jus in personam (oder: dingliches und persönliches Recht) gegründet [6]). Da aber diese Begriffe nur nach jenen beiden Klaggattungen gebildet sind, so würde es falsch seyn, hierin eine erschöpfende Eintheilung aller Privatrechte zu finden [7]), was sie selbst alsdann nicht seyn kann, wenn man darauf den weiteren Begriff von in rem actio anwenden wollte [8]), zumal da es ja auch Rechte giebt, die blos durch eine Exception geschützt sind. Eben so wenig zu billigen ist es auch, wenn man dingliche Rechte und unmittelbare Sachenrechte für völlig gleichbedeutend hält, da diese Begriffe zwar zusammenfallen, aber meistens ganz ausgemacht es Rechte der ersten Art giebt, die nicht mit einer Vindication verknüpft sind [9]). Hieraus folgt denn zugleich, daß keineswegs alle Rechte, die nicht durch in rem actiones verfolgt werden können, nothwendig Obligationen-Rechte seien, weshalb denn auch kein Grund vorhanden ist, das Recht des Besitzes dieser Klasse von Rechten beizuzählen [10]).

*) *Henr. Hahn* D. de jure rerum et juris in re speciebus. Helmst. 1664. 4. (Vgl. Höpfner Comment. §. 286. Note 1. u. Savigny das Recht des Besitzes §. 6.) — *Gerh. Feltmann* Tractat. de jure in re et ad rem, edit. 3. Amstelod. 1672. 12. (besonders Cap. X fgg.) — *Ulr. Huber* Digression. jur. lib. IV. u. das. ad jus in re et ad rem animadversiones et vindiciae advers. Feltmannum p. 269 sqq. — *Christfr. Waechtler* D. de jure in re; und Dessen epistola de numero jurium in re (in *Christ. Thomasii* Dissert. Lipsienses, Lips. et Hal. 1696. p. 235—296.). — Thibaut Versuche II, 2. (üb. dingl. u. persönl. Recht). — P. J. A. Feuerbach civilist. Versuche Nr. VIII. (über actio in rem und actio in personam, jus in rem u. jus in personam). — *G. A. W. Duroi* specimen observationum de jure in re Heidelb. 1812. 8. Dessen Bemerkk. über actio in rem u. actio in personam, jus in re u. obligatio (Archiv für civilist. Praxis Bd. VI. Nr. XIV. S. 252 fgg. — u. Nr. XIX. S. 386 fgg.). — Schweppe Magaz. S. 13—37.

1) L. 5. §. 2. D. *de pecun. constit.* XIII, 5. („Quod exigimus, ut sit debitum, quod constituitur, *in rem exactum est:* non utique ut is, cui constituitur, creditor sit; nam et quod ego debeo, tu constituendo teneberis, et quod tibi debetur, si mihi constituatur, debetur.") — L. 12. pr. D. *de reb. auct. jud. possid.* XLII, 5. „— commodius dicitur, cum Praetor permiserit, non tam personae solius petentis, quam creditoribus, *et in rem* permissum videri." — Vgl. Duroi a. a. O. §. 19. S. 410.

2) L. 21. §. 1. L. 28. §. 2. L. 57. §. 1. D. *de pactis* II, 14. — L. 5. pr. D. *usufr. quemadm. caveat* VII, 9. (Vgl. L. 21. pr. *eod.* „quia *personale* pactum est.")

3) L. 2. §. 1. 2. D. *de doli mali except.* XLIV, 4. — L. 1. §. 3. D. *quarum rerum actio non datur* XLIV, 5. „Si fidejussor juravit, si quidem de sua persona tantum juravit, quasi se non esse obligatum,

nihil reo proderit: *si vero in rem juravit*, dabitur exceptio reo quoque."

4) §. 1. I. *de actionib.* „Omnium actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacunque re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio, (quo casu proditae sunt actiones in personam, per quas intendit, adversarium ei dare aut facere oportere,) et aliis quibusdam modis: aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam: quo casu proditae actiones in rem sunt." — §. 13. I. *eod.* „*Praejudiciales actiones in rem esse videntur*, quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber vel libertus sit.—" Es kommt auch der Ausdruck personalis actio vor, z. B. in L. 3. §. 3. D. *ad exhibend.* X, 4. u. L. 2. C. *de his, qui in prior. creditor. loc. succ.* VIII, 19.

5) *Gaji* Instit. IV. §. 3. „In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod nobis competere, velut utendi" — *Ulp.* L. 25. pr. *de O. et A.* (XLIV, 7.). — Vgl. Duroi a. a. O. S. 279. 417 fg. — §. 26. S. 429—432. u. Haſſe d. j. im Rhein. Muſ. VI. S. 12 fg.

6) Die Redensart: „jus in ipsam rem habere", in der L. 20. D. *de legat. III.* ſteht mit dem heut. Begriff eines dinglichen Rechts in gar keiner Verbindung. Eher könnte man folgende Aeußerungen darauf beziehen: „sive domini sint, *sive aliquod in ea re jus habeant, qualis est creditor, et fructuarius et superficiarius*" (L. 19. pr. D. *de damno infecto* XXXIX, 2. L. 30. D. *de noxalibus actionibus* IX, 4.), u. ähnliche in der L. 71. §. 5. D. *de leg. I.* u. L. 8. §. 1. C. *de praescr.* 30 *vel* 40 *annor.* VII, 39.; doch können ſie auch von bloßen Obligationenrechten verſtanden werden, deren Gegenſtand das Recht iſt, fremde Sachen zu gebrauchen und zu nutzen, wie denn auch dieſe Rechte mit eigentlich dinglichen Rechten in folgender Stelle zuſammengeſtellt ſind: L. 2. §. 22. D. *de vi bonor. raptorum* XLVII, 8. („Quare sive commodata res sit, sive locata, sive etiam pignerata proponatur, sive deposita apud me — sive bona fide a me possideatur, sive usumfructum in ea habeam, vel quod alius jus.") S. Thibaut a. a. O. S. 32. Duroi a. a. O. S. 417. — Uebrigens heißt es ſchon in dem ſ. g. Brachylogus: „in rem, quam (adversarius) possidet, aliquod me jus dico habere" (Lib. IV. Tit. XIX. in f.); ferner: „Jus in re consequitur quis actione in rem proposita de usufructu" etc. (Lib. IV. Tit. XXIII. §. 8. d. Ausg. v. Böcking). — Zu den vor nicht gar langer Zeit noch üblichen Ausdrücken: jus in re und jus ad rem (für: dingliches und perſönliches Recht), hat das can. Recht Veranlaſſung gegeben: c. 40. *de praebendis et dignit.* in 6to, III, 4. („Jus — quod secundo *ad praebendam*, non *in praebenda* — competebat.") — c. 8. *de concess. praeb.* in 6to, III, 7. („— in quibus jus non esset quaesitum *in re*, licet *ad rem.*") — Clem. un. *de sequestr. poss.* II, 6. — c. 1. Extrav. Jo XXII. *de conc. praeb.* IV.

7) *Ulr. Huber* digr. Lib. IV. c. X. §. 4. Unterholzner a. a. O. S. 124. a. E. fgg. — Vgl. Duroi a. a. O. §. 24. S. 426 fgg.

8) Vgl. Thibaut a. a. O. S. 53 fgg. (oder S. 45 fgg. d. 2. A.) Nr. II.

9) Man denke an das alte in bonis, das mehr als Beſitz, aber früher ohne Schutz durch in r. a. war; ferner an die Vindications-Beſchränkungen beweglicher Eigenthums-Objecte durch den Code Nap. und den ſtatutariſchen Rechtsſatz: Hand muß Hand wahren. S. W. V. Wieſe

üb. die Sachverfolgung sowohl nach Röm. als auch besonders nach Lübeckschem u. Rostockschem Rechte (in d. Sammlung seiner juriſt. Abhandll. Rost. 1783. Nr. VIII.). — *Matth. Fr. Feitscher* comment. sistens disquisitionem: num differentia inter dominium et obligationem —, quum in Codice Napoleoneo expresse non tradatur, ei sit incognita? (Gott. 1815. 4.) Sect. II. — Unterholzner a. a. O. S. 125. — Vgl. auch noch Appelius im Rhein. Muſ. Bd. V. Nr. II. S. 52 fgg. — Genug, es gab und giebt noch unvollkommenes Eigenthum, Eigenthumsrecht ohne Vindication, das aber darum Niemand ein Obligationenrecht nennen wird!

10) A. M. iſt mit Mehreren v. Savigny Recht des Beſitzes §. 6. S. dagegen vorläufig Hugo Beiträge zur civiliſt. Bücherkenntniß I. (Berl. 1828.) S. 490. Meine Ceſſion §. 2. Note 8. (d. 3. A.) Welcker Syſt. d. Rechts-, Staats- u. Geſetzgebungslehre I. S. 615. Note 474. Das Nähere unten Bd. II. §. 233. Note 7.

§. 80.

III. Von ſingulären Rechten und Privilegien *).

1) Arten derſelben.

Die bereits erklärten Begriffe von ſingulären Rechten und Privilegien (§. 49.) werden hier im ſubjectiven Sinne genommen. Darauf beziehen ſich die folgenden Eintheilungen, von denen I) beiden Arten der Ausnahmsrechte gemeinſchaftlich ſind: 1) die Eintheilung in affirmative und negative [1]), 2) in ſ. g. favorabilia (bei welchen man wieder die beneficia legis und die vorzugsweiſe ſogenannten Privilegien unterſcheidet) [2]) und odiosa [3]); 3) in privilegia personae, rei und causae [4]). Perſönliche Privilegien ſind die mit einer — einzelnen oder juriſtiſchen [5]) — Perſon verknüpften beſonderen Rechte, dingliche, die einer (unbeweglichen) Sache, gleichſam als berechtigtem Subjecte ertheilten, causae privilegia, die auf ähnliche Weiſe mit einem Forderungsrechte zuſammenhängenden. Unnöthig und zugleich unlogiſch iſt es, die auf die Erben des Privilegirten übergehenden beſonderen Rechte mixta privilegia zu nennen [6]). Aber auch die perſönlichen Privilegien ſind wieder dreifacher Art [7]): ſie beziehen ſich entweder auf die Beſitzungen des Privilegirten, oder auf ſeine Forderungsrechte, oder ſie gewähren ihm in irgend einer ſonſtigen Beziehung ein Ausnahmsrecht, ſei es auf ein Handeln, oder auf die Freiheit von Laſten und Pflichten (Immunitäten). II) Eigenthümlich den Privilegien im e. S. ſind folgende Eintheilungen

und Begriffe: entweder gehen sie auf künftige Fälle — als Dispensationen [8]) und Concessionen [9]), — oder auf vergangene, wohin die Abolitionen [10]) gehören, ferner Begnadigungen (s. g. adgratiationes), so wie Strafmilderungen oder Strafschärfungen für bestimmte Fälle, endlich die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als reiner Gnadenact.

*) *J. H. Boehmer* D. de finibus privilegiorum regundis (Exercitt. ad Pand. T. I. exerc. XIV.). — *G. C. Gebauer* singularia de privilegiis (in exercitation. acad. ed. a *J. J. Weismantel*, Vol. II. Erf. 1776. Nr. XI.). — *J. G. F. Wasmuth* Tr. de privilegiorum natura generatim et in specie de modis, quibus finiuntur, vel amittuntur. Goett. 1787. 4. — G. Hufeland veränderte allgem. Ansicht d. Lehre v. d. Privilegien (civilist. Abh. I. Nr. III. S. 209—295.).

1) Glück Einl. in das Stud. d. Röm. Privatrechts. §. 24. Nr. 2.

2) Höpfner Comment. üb. die Instit. §. 48. in der Mitte.

3) *L. Z. Woelcker* de privilegiis odiosis et favorabilibus (Altd. 1718. 4.) c. III. IV. — *G. B. Becmann* (resp. *C. G. M. de Boden*) de aequitate privilegii odiosi et potestate imperantis circa illud. Goett. 1750. 4. — Hufeland a. a. O. S. 223.

4) Wenngleich dem Gegensatz von personae und causae privilegia in der L. 196. D. *de reg. jur.* eine viel engere Beziehung zu Grunde liegt (§. 82. a. E.), so darf man doch diese Ausdrücke auch wohl in einem weiteren Sinne nehmen, wenn dieser an sich passend ist und es dafür nicht an Gegenständen der Anwendung fehlt.

5) Dahin gehören z. B. die Privilegien des Fiscus, des Decurionensenats, der Bildungs-Anstalten u. a., worüber nachzusehen: Cod. XI, 14 u. fgg. Titel, (vgl. L. 5 fgg. D. *de jure immunit.* L, 6.), u. Cod. XII, 30.); auch s. g. odiosa priv. dieser Gattung gab es, z. B. die besonderen Rechte der Haeretici, der Juden u. a. (Cod. I, 5. u. 9.).

6) Vgl. Höpfner a. a. O. §. 49. a. E. — Uebrigens giebt es aus persönlichen und dinglichen Privilegien gemischte Rechte, wenn sie gleich schon sehr selten geworden sind, z. B. Rechte, die den Besitz eines Ritterguts, und zugleich adelige Qualität des Besitzers voraussetzen.

7) Meine Lehre v. d. Cession. §. 25. Nr. II. 1—3.

8) *J. H. Boehmer* de sublimi principum ac statuum evangelicorum dispensandi jure in causis et negotiis tam sacris quam profanis (Exercitt. ad Pand. T. I. exerc. XIII.).

9) Z. B. Civitäts-, Ingenuitäts-Ertheilung (Tit. Dig. *de natalib. restituendis* XL, 11.), u. a. Rechte dieser Art.

10) *Cujac.* ad *Julii Pauli* rec. sent. V, 17. (de abolitionib.) init. — *J. G. Seger* de abolitione veteri et hodierna. Lips. 1778. 4.

§. 81.

2) Entstehung und Aufhören der Privilegien.

Privilegien sind Ausnahmen vom gemeinen Recht; regelmäßig müssen sie also vom Gesetzgeber, oder wer von diesem dazu autorisirt ist, ausgehen [1]); doch läßt man in Ansehung

der Privilegien im e. S. auch eine Berufung auf s. g. Immemorial-Verjährung zu [2]). Ueberhaupt haben diese Privilegien in mancher Beziehung eine vertragsmäßige Natur, sie mögen aus eigner Bewegniß vom Regenten ertheilt seyn (s. g. priv. gratiosa), oder auf Ansuchen (vorzugsweise s. g. priv. conventionalia), ohne ein Aequivalent (priv. gratuita) oder gegen ein solches (priv. onerosa) [3]). Die wichtigsten Gründe, wodurch das Aufhören eines Privilegiums bewirkt werden kann [4]), sind: I) Wegfallen des berechtigten Subjects oder Objects, oder auch der Eigenschaften, wodurch die Ausübung des Rechts wesentlich bedingt ist [5]); II) Eintritt der Zeit oder der Bedingung, wodurch die Fortdauer des Privilegiums beschränkt ist; III) Einseitige Aufhebung, welche in Ansehung der eigentlichen jura singularia keinen andern Beschränkungen unterworfen ist, wie das Gesetzgebungsrecht überhaupt, wogegen Privilegien im e. S. nur aus besonderen Gründen dem Privilegirten entzogen werden können, nämlich a) wegen erheblichen Mißbrauchs [6]), b) wegen eines Vorbehalts willkührlicher Aufrufung bei Ertheilung derselben [7]), c) weil sie mit dem Gemeinwohl oder auch mit wohl erworbenen Rechten Dritter unverträglich sind [8]). Es kann aber IV) der Privilegirte auch auf das Privilegium verzichten, sofern dies nicht dem jus publicum im engeren Sinne (s. §. **33.**), oder dem Rechte Anderer zuwiderläuft [9]). Endlich V) werden Privilegien durch bloßen Nichtgebrauch in der Regel nicht aufgehoben [10]), sofern aber durch ein Privilegium Rechte Einzelner gegen Einzelne begründet sind, können allerdings auch hiebei die rechtlichen Bestimmungen über Verjährung zur Anwendung kommen [11]).

1) *Boehmer* l. l. c. II. §. 4. 5. — *Wasmuth* c. I. §. 3—9.

2) *Hofacker* princip. jur. Rom. Germ. I. §. 96. Nr. III. not. e. — Hufeland a. a. O. S. 263—264.

3) *S. Stryk* de privilegiis titulo oneroso quaesitis. Hal. 1704. 4. — *J. G. Schaumburg* D. quae naturam privilegiorum tam gratiosorum quam conventionalium ex genuinis principiis exhibet. Jen. 1736. 4. — Glück Commentar nach Hellfeld Bd. II. S. 9. (2e Ausg.)

4) *Wasmuth* l. l. c. II.

5) Reg. 7. *de reg. jur.* in 6to. („Privilegium personale personam sequitur et exstinguitur cum persona.") — L. 1. §. 43. D. *de aq. quot. et aestiva* XLIII, 20. („Et datur interdum personis, interdum praediis. Quod praediis datur, *extincta persona non extinguitur*: quod datur personis, cum personis amittitur: ideoque

neque ad alium dominum praediorum, neque ad heredem, vel qualemcunque successorem transit.") — L. 3. §. 1. D. *de censibus* L, 15. [„Rebus concessam immunitatem non — intercidere, rescripto imperatoris nostri — recte expressum est: quippe personis quidem data immunitas cum persona extinguitur, rebus numquam (sc. *extincta persona*) extinguitur." — Vgl. L. 1. §. 1. D. *de jure immunitatis* L, 6.] — L. 6. §. 14. L. 8. §. 1. D. *de excusationib.* XXVII, 1. — Ueber das Aufhören der einer jurist. Person verliehenen Privilegien f. L. 4. §. 3. D. *de censibus*, u. L. 7. §. 2. D. *quod cujusque universitatis nomine* III, 4.

6) c. 7. Dist. 74. („Privilegium meretur amittere, qui permissa sibi abutitur potestate.") — Glück Einleitung u. f. w. §. 25. Nr. III. A.

7) c. 5. *de rescr.* in 6to, I, 3. („Si gratiose tibi a Romano pontifice concedatur, ut beneficia, quae tempore tuae promotionis obtinebas, posses usque ad suae voluntatis beneplacitum retinere: hujusmodi gratia per ejus obitum, per quem ipsius beneplacitum omnino extinguitur, eo ipso exspirat. Secus autem, si usque ad apostolicae sedis beneplacitum gratia concedatur. Tunc enim, quia sedes ipsa non moritur, durabit perpetuo, nisi a successore fuerit revocata.") — Uebrigens dürfen an sich weder die f. g. privil. gratiosa, noch die gratuita willkührlich dem Privilegiarius wieder entzogen werden. S. *Gebauer* l. l. §. 20. 21. — Glück Commentar nach Hellfeld II. §. 107. 108.

8) Vgl. §. 35. Note 5. 9. S auch L. 5. C. *de aquaeductu* XI, 42. — L. 2. §. 10. D. *ne quid in loco publico* XLIII, 8. („Quotiescunque aliquid in publico fieri permittitur, ita oportet permitti, ut sine injuria cujusquam fiat.") — L. 2. §. 16. *eod.* — Struben rechtl. Bedenken II. Nr. 80. IV. Nr. 21. — *Hommel* rhapsod. quaest. Nr. 469. a. E.

9) S. über L. 29. C. *de pactis* II, 3. („Si quis in conscribendo instrumento *sese confessus fuerit, non usurum fore praescriptione propter cingulum militiae suae, vel dignitatis, vel etiam sacerdotii praerogativam*, licet antea dubitabatur, si oporteret eandem scripturam tenere, et eum, qui hoc pactus est, non debere adversus suam conventionem venire, vel licentiam ei praestare, discedere quidem ab scriptura, suo autem jure uti: sancimus, nemini licere, adversus pacta sua venire et contrahentes decipere; si enim et ipso praetoris edicto pacta, quae neque contra leges, neque dolo malo inita sunt, omnimodo observanda sunt, quare et in hac causa pacta non valeant, cum alia sit regula juris antiqui, *omnes licentiam habere, his, quae pro se introducta sunt, renunciare.*") — vgl. mit c. 12. X. *de foro competente* II, 2. („— manifeste patet, quod — — pacisci non possunt (clerici), ut secularia judicia subeant, cum non sit beneficium hoc personale cui renunciari valeat, *sed potius toti collegio ecclesiastico sit publice indultum, cui privatorum pactio derogare non potest.*") Vgl. Hufeland a. a. O. S. 285—289. — Indessen: „nec labefactatur (immunitas), *si quis — voluntate sua honorem aut munus susceperit.*" L. 2. pr. D. *de veteranis* XLIX, 18. — L. 2. C. *de his, qui sponte publica munera subeunt* X, 43.

10) Das Verjährungsrecht ist ein jus singulare, darf also ohne gesetzliche Vorschrift oder Anerkennung weder überhaupt angenommen, noch durch analogische Anwendung erweitert werden. Letzteres gilt denn auch von der Bestimmung der L. 1. D. *de nundinis* L, 11. „Nundinis impetratis a principe, non utendo, qui meruit, decennii tempore usum

amittit." — Fritz zu Wening S. 53. a. E. fg. will diese Stelle überall nicht auf Verjährung des Privilegs beziehen.

11) Beispiele enthalten: c. 6. et 15. X. *de privilegiis* V, 33. — Vgl. üb. die sehr streitige Verjährungsfrage: Glück Comment. II. §. 110. — Oessen Einleit. §. 25. III. B. b. — Thibaut über Besitz u. Verjährung §. 62. — Dabelow über die Verjähr. II. §. 194. — Unterholzner ausführl. Entwickelung der gesammten Verjährungslehre II. §. 161. S. 38—41. — Die richtige Ansicht ist vertheidigt v. Hufeland a. a. O. S. 274—280. u. Fritz in der Zeitschr. für Civilr. und Prozeß Bd. IV. Abh. VI. — Ueber die Verschiedenheit der Zeitbestimmungen in der Stelle des can. Rechts aber s. *J. H. Boehmer* in der Note 72. zu c. 6. X. *de privil.*, Glück Comment. a. a. O. S. 47. Note 24. (d. 2. A.) u. Fritz a. a. O. S. 209.

§. 82.

3) Von der Wirkung der Privilegien.

Die Wirkung eines Privilegiums hängt zunächst ab von dessen Inhalt, welcher, wo er nicht an sich klar ist, bisweilen aus anderen Privilegien, worauf bei der Concession Rücksicht genommen ist (privilegium ad instar) erhellt [1]), sonst aber durch Anwendung der Regeln über Interpretation von Gesetzen und Verträgen zu ermitteln ist [2]). Die Wirkungen selbst anbelangend, bemerke man: 1) So wie für jedes eigentliche Recht, so muß es auch für das durch ein Privilegium erworbene die Möglichkeit eines rechtlichen Zwangs geben, d. h. es muß der Privilegirte durch Anwendung geeigneter Rechtsverfolgungs- und Schutzmittel sein Recht sichern dürfen [3]). Nach einer gewöhnlichen, jedoch manchen Zweifeln ausgesetzten, auch in der Praxis keineswegs allgemein befolgten Meinung, soll übrigens die Ausübung des Privilegs von einem Nichtprivilegirten den Berechtigten nur in dem Fall zum Einspruch berechtigen, oder als Beeinträchtigung anzusehen seyn, wenn sein Recht ein exclusives ist [4]), z. B. ein Monopol. 2) Privilegien, welche geradezu an Sachen oder Forderungsrechte geknüpft sind, kommen natürlich jedem Nachfolger zu Statten. Die persönlichen dagegen können in Ansehung des Rechts an sich nicht auf Andere übergehen (sofern dies nicht auch auf die Erben gestellt ist), dagegen die Ausübung derselben kann auch Anderen überlassen werden [5]), sofern die Natur des Privilegiums dies zuläßt [6]), oder nicht besondere Einschränkungen nachgewiesen werden können. Solche finden sich im Röm. Recht in Anse-

hung der privilegia exigendi, welche den Erben nur zu Statten kommen, wenn sie causae, nicht aber wenn sie personae privilegia sind [7]).

1) Beispiele s. m. in L. 7. C. *de advocatis diversorum judiciorum* II, 7. — c. 2. *de privilegiis* in 6to. — *Stryk* de privilegio tit. oneroso quaesit. c. I. §. 13. — *C. A. Rinder* de privilegiis ad instar. Altd. 1714. 4.

2) Bei den reinen Gnadenbewilligungen, welche nicht eigentlich als Ausnahmen vom bestehenden Recht erscheinen, kommen vorzüglich die Regeln über Auslegung von Verträgen zur Anwendung (L. 3. D. *de constit. princip.* — L. 2. C. *de bonis vacant.* X, 10. — c. 22. X. *de privilegiis.* Cf. *Schulting* enarrat. part. primae Dig. Lib. I. T. IV. §. 13. — *Leyser* medit. ad Pand. spec. 10. med. 3.) Sonst sind, sowohl bei der Auslegung singulärer Rechte, als der Privilegien im e. S. die gewöhnlichen Interpretations-Grundsätze anzuwenden. Ueber den wirklichen Inhalt des Privilegiums darf man nicht hinausgehen, diesen aber auch nicht auf sprachwidrige und willkührliche Art beschränken. L. 2. C. *de praeposit. agentium in reb.* XII, 21. Vgl. §. 62. a. E. Nr. 2. u. unten Note 7.) Davon abgesehen aber, ist im Zweifel ein Privilegium in dem vom gemeinen Recht so wenig wie möglich abweichenden Sinn zu nehmen. (L. 35. pr. C. *de inoff. test.* III, 28. vgl. §. 63. Note 1.), in keinem Falle aber logisch ausdehnend zu erklären; L. 1. §. 2. D. *de const. princip.* I, 4. (S. §. 36. u. das. den Text zur 4. Note.) c. 9. X. *de privilegiis* V, 33. Dagegen streitet auch nicht die L. 3. D. *de const. princ.* („Beneficium imperatoris, quod divina scilicet ejus indulgentia proficiscitur, quam plenissime interpretari debemus") eben so wenig, als L. 2. C. *de bonis vacantib.* X, 10. oder c. 22. X. *de privileg.* — S. die Eingangs-Bemerkungen dieser Note u. vgl. Thibaut log. Auslegung S. 53 fgg. Zachariä Herm. S. 152. Hufeland civilist. Abhh. Bd. I. S. 242 fgg. S. auch oben §. 64. Note 11., überhaupt aber über die Interpretation der Privilegien: *Sam. Stryk* de privilegiorum interpretatione, Frcf. 1683. 4., besonders c. V. — *G. J. Stein* (Pr. *C. J. de Guden*) de privilegior. extensione. Erf. 1725. 4. — *J. H. Boehmer* de fin. priv. reg. c. II. § 8–10. — *Wasmuth* l. l. §. 13.

3) *Wasmuth* l. l. §. 19.

4) Glück Pand. Bd. II. §. 101. Nr. 3. und die das. Note 17. angef. Schrr. — Im Zweifel ist ein Privilegium für ein exclusives nicht zu halten (*Leyser* med. ad Pand. sp. X. Nr. 4.), außer insofern aus seiner Beschaffenheit, und den bei der Ertheilung desselben bereits vorhandenen und bekannten Umständen sich ergiebt, daß, bei einer Concurrenz mit Anderen, es dem Privilegirten durchaus unnütz seyn würde. Vgl. *Wasmuth* l. l. c. I. §. 10.

5) L. 6. D. *de in integrum restit.* IV, 1. — L. 24. D. *de minorib.* IV, 4. — L. 6 in f. D. *de her. vel act. vend.* XVIII, 4. — *Leyser* spec. 10 med. 2. („Privilegium personale alteri locari potest.")

6) Meine Cession der Forderungsr. §. 25. Nr. II. 3. u. §. 56. in der Mitte (zu L. 9. §. 8. D. *de publicanis* XXXIX, 4.).

7) L. 196. D. *de reg. jur.* („Privilegia quaedam causae sunt, quaedam personae: et ideo quaedam ad heredes transmittuntur, quae causae sunt, quae personae sunt, ad heredem non transmittuntur.") — L. 68. *eod.* („In omnibus causis id observatur, ut, ub personae conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea beneficiu a

quoque deficiat, ubi vero genus actionis id desiderat, ibi, ad quemvis ejus persecutio devenerit, non deficiat ratiō auxilii.") Vgl. L. 42. D. *de administr. et peric. tut.* XXVI, 7. — Nur für die privil. exigendi ist übrigens jener Unterschied angenommen. Als Regel wird man es immer ansehen dürfen, daß ein einmal erworbenes Recht, wenn es auch in einem persönlichen Privilegium seinen Grund hatte, auf die Nachfolger des Privilegirten übergehe (s. d. Quellencitate der Note 5. u. meine Cession §. 25. u. 56.) Eine andere Frage aber ist die: ob im Zweifel ein Privilegium für ein persönliches oder für ein dingliches, oder wenigstens für ein auf die Erben gehendes, zu halten sei? Dies ist freilich nicht anzunehmen, da die Interpretation, welche einen vom jus commune am wenigsten abweichenden Sinn ergiebt, stets den Vorzug verdient (Note 2.). Die scheinbar entgegenstehende L. 4. §. 3. D. *de censib.* (L, 15.) enthält nur die Anwendung der Regel: daß auch bei Ausnahmsrechten sprachwidrige Beschränkungen allgemeiner Ausdrücke nicht zu dulden sind (Note 2.) — Vgl. überh. noch: *J. N. Hert* de transitu privilegii personalis ad alios (opuscul. Vol. I. T. III. p. 16 sqq.). — *C. G. Einert* exerc., qua privilegium in dubio magis pro personali, quam reali reputandum esse, — disp. (Lips. 1778. 4.) §. 4 sqq. — *Gebauer* l. l. §. 17—19. — *L. R. Berner* de privilegio in dubio magis pro reali, quam pro personali — praesumendo (Heidelb. 1817.) §. 13 sqq.

Zweites Capitel.

Von Handlungen, als Grund der Rechte.

§. 83.

Begriff von Factum im jur. Sinne.

Man kann von einem Factum sprechen als Gegenstand, aber auch als Grund von Rechten; in dem letzteren Sinne wird der Ausdruck hier genommen, und zwar beschränken wir ihn nicht auf eigentliche Handlungen, sondern beziehen ihn auf jede Thatsache, wodurch Rechte begründet, verändert, oder aufgehoben werden. Es sind aber zu unterscheiden **1**) positive und negative Handlungen, worunter wir verstehen: jede durch eine Unterlassung sich offenbarende Willensrichtung, welche juristische Wirkungen erzeugt (z. B. Verzug, Erfüllung einer conditio in non faciendo)[1]; **2**) die willkührlichen Ereignisse und die zufälligen, d. s. im gewöhnlichen Sinne: die nicht durch menschliche Willkühr hervorgebrachten[2], im juristischen Sinne: alle außer den Gränzen einer imputablen Schuld, in Ansehung dessen, welcher sonst aus einem Verhältnisse verantwortlich ist, liegenden Ereignisse[3]. Daß übri-

gens eine Thatsache, worauf Rechte gegründet werden, feststehen müsse, die einmal eingetretenen rechtlichen Folgen eines Ereignisses dagegen nur aus ganz besonderen Gründen wieder vernichtet werden können [4]), beruht auf sehr natürlichen Voraussetzungen. Bisweilen wird aber das nicht Geschehene oder Vorhandene als vorhanden angenommen, also um, unbeschadet der juristischen Consequenz, altes Recht auf neue Verhältnisse anzuwenden [5]); dies sind die rechtlichen Fictionen, welche durch Privatverfügungen nicht begründet werden können [6]). — Die allgemeine Wahrheit, daß alle Begebenheiten in der Zeit und im Raume geschehen, hat auch eine eigenthümliche Bedeutung für juristische Thatsachen; diese soll jetzt bestimmt werden.

1) S. §. ult. I. *de verb. obl.* — L. 7. 67. D. *de condit. et demonstr.* XXXV, 1.

2) Dies ist auch der gewöhnliche Begriff von casus bei den Römern. S. *Festus* h. v. bei *Gothofredus* in den lat. ling. auctt. p. 264. — Und in demselben Sinn gebrauchen sie meistens auch die Ausdrücke: *vis major, vis divina, fatum, damnum, s. detrimentum fatale, fatalitas*, obwohl diese Ausdrücke bisweilen auch auf äußere Gewalt bezogen werden. Vgl. L. 13. §. 1. D. *de pigner. act.* XIII, 7. L. 25. §. 6. D. *loc.* XIX, 2. L. 5. §. 4. D. *comm.* XIII, 6. L. 3. §. 1. D. *nautae caup. stabul.* IV, 9. L. 3. D. *de instr. v. instrum. leg.* XXXIII, 7. L. 1. C. *de jure emphyt.* IV, 66.

3) S. die in der vor. Note angef. Stellen u. L. 15. §. 2. D. *loc.* („Servius *omnem vim, cui resisti non potest*, dominum colono praestare debere ait.") L. 6. C. *de pignerat. act.* IV, 24. („Quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerint, *in quibus etiam aggressura latronum est*, nullo bonae fidei judicio praestantur.") — Vgl. auch L. 52. §. 3. D. *pro soc.* XVII, 2. („Damna, *quae imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia*, socii non cogentur praestare.") *Averanii* interpret. jur. Lib. II. c. 26. Nr. 2 sqq.

4) L. 12. §. 2. D. *de captiv. et postlim.* XLIX, 15. („Facti autem causae infectae nulla constitutione fieri possunt.") L. 19. D. *ex quib. caus. major.* IV, 6. („Causa vero facti non continetur postliminio.")

5) v. Savigny vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft S. 32.

6) *Ant. Dad. Alteserra* de fictionibus juris tractatus septem. Ed. nova accur. *Jo. Friderico Eisenhart.* Hal. et Helmst. 1769. 8. — S. auch L. 8. D. *de castrensi pec.* XLIX, 17. Vgl. *Alteserra* l. l. Tr. I. c. 3. — Ueber den Unterschied zwischen Fictionen und Präsumtionen s. Glück Comment. I. S. 272 fg. und IV. S. 100 fg., auch unten §. 146. Note 13. — Vgl. Weber natürl. Verbindl. §. 24. Note 6.

§. 84.

A) Von der Zeit *).

I. Allgemeine Bestimmung der Fälle, wofür der Zeitbegriff zur Anwendung kommt.

Die Anwendungen des Zeitbegriffs lassen sich, wenn man absieht von den besonderen Gegenständen des öffentlichen und Strafrechts [1]), auf folgende Gegenstände zurückführen: a) Die Ausübung mancher Rechte, so wie die Vornahme gewisser Geschäfte ist an bestimmte Zeiten gebunden, wohin denn unter anderen [2]) auch die Lehre von den altrömischen Rechts- und Gerichtstagen gehört [3]), ferner die von den Ferien [4]), welche für die Gegenstände des Pandekten-Rechts überall nicht näher in Betracht kommt. b) Eine zweite Hauptanwendung betrifft die Erfüllungszeit einer Forderung, womit die Begriffe der mora und des einem Schuldner zu verstattenden billigen Zahlungs-Aufschubs (modicum tempus) zusammenhängt [5]); sodann gehört dahin das tempus legitimum oder judicati [6]), und das commodum repraesentationis [7]). c) Auch für die Lehre vom Anfang und dem Aufhören eines Rechts [8]), insbesondere von der Rechtserlöschung durch Zeitablauf [9]), so wie d) für die Altersverschiedenheiten ist der Zeitbegriff wichtig [10]).

*) *Eustathii* liber de temporalibus intervallis (*περὶ χρονικῶν διαστημάτων*) in *Leunclavii* jur. Graec. Rom. T. II. p. 207 sqq. — *J. Cujacius* de diversis temporum praescriptionib. et terminis (in opp. T. I.). — J. C. Koch Belehrungen über Mündigkeit zum Testiren, Civilzeitcomputation und Schalttag (Gießen 1796.) Abschn. I. — C. G. Gmelin über Zeit u. Zeitberechnung nach röm. Rechtsprincipien (critisches Archiv d. neuesten jurist. Literatur und Rechtspflege, herausgeg. von W. A. F. Danz, C. G. Gmelin und W. G. Tafinger Bd. I. (Tüb. 1801.) S. 577—630. u. S. 756—768. — F. Reinfelder der annus civilis des röm. Rechts. Stuttg. 1829.

1) S. hierüber z. B. L. 4. §. 4. D. *de re milit.* XLIX, 16. L. 15. pr. D. *ad municipal.* (L, 1.) L. 3. §. 1. L. 5. D. *de decurion.* (L, 2.) L. 3. 4. 6. C. *ex quib. c. infam. irrog.* II, 12. T. T. Cod. *de his qui in exil. dati* X, 59.

2) S. z. B. L. 7. L. 10. §. 1. D. *quemadm. serv. amittuntur* VIII, 6. L. 1. §. 3. L. 2. L. 5. D. *de aqua quot. et aestiva* XLIII, 20. — L. 22. §. 6. D. *qui test. fac. poss.* XXVIII, 1. — Vgl. *Gellii* noct. att. III, 2. („Sacra sunt partim diurna, alia nocturna.")

3) Ueber die fasti dies s. *Varro* de lingua lat. Lib. V. §. 4. (in *Gothofredi* auctt. lat. ling. p. 35.). *Macrobii* Saturnal. Lib. I. c. 16. — *Heineccii* antiquitt. Rom. Lib. IV. Tit. VI. §. 11. 12. *Haubold* de temporis continui et utilis computatione, in opusc. I. p. 403. 404. — Ueber die utiles dies s. *Brisson* de V. S. v. *utilis* §. 5, auch unten §. 86. Note 4.

4) Dig. II, 12. *de feriis* (*et dilationibus et diversis temporibus*). — Cod. III, 12. *de feriis*. — Glück Erläuter. der Pand. nach Hellfeld Bd. III. §. 262—264. — Zimmern der Röm. Civilprozeß in geschichtl. Entwickelung §. 129. u. §. 152.

5) L. 21. D. *de judic.* V, 1. (L. 31. D. *de re judic.* XLII, 1.) L. 135. §. 2. D. *de verb. obl.* XLV, 1. (L 105. D. *de solut.* XLVI, 3.)

6) L. 3. pr. D. *de usuris* XXII, 1. L. 2. D. *de re judicata* XLII, 1. (L. 2. et 3. C. *de usur. rei jud.* VII, 54.)

7) L. 1. §. 10. D. *ad L. Falcid.* XXXV, 2. L. 10. §. 12. D. *Quae in fraud. creditor. facta sunt* XLII, 8.

8) S. unten §. 110. u. vgl. L. 4. in f. L. 14. D. *de statu lib.* XL, 7. (§. 86. Note 2.)

9) S. §. 122. u. vgl. L. 2. D. *de divers. temp. praescr.* XLIV, 3. (§. 85. Note 10.). L. 6. D. *de obl. et act.* XLIV, (§. 87. Note 2.). L. 6. u. 7. D. *de usurp. et usuc.* XLI, 3. L. 15. pr. D. *de divers. tempor. praescr.* XLIV, 3.

10) S. unten §. 178. — Vgl. L. 98. pr. D. *de V. S.* (§. 84. Note 10.). L. 8. D. *de munerib. et honorib.* L, 4. (§. 87. Note 4.). L. 3. §. 3. D. *de minorib.* IV, 4. (§. 87. Note 2.). L. 5. D. *qui test. fac. poss.* XXVIII, 1. (§. 87. Note 5.). L. 1. D. *de manumissionib.* XL, 1. L. 134. D. *de V. S.* (§. 87. Note 7.).

§. 85.

II. Die Zeittheile und deren Berechnung.

Die Zeittheile, welche juristisch vorzüglich in Betracht kommen, sind: Tag, Monat und Jahr[1]), Begriffe, welche bald nach absoluten Merkmalen (als Kalender-Tag, Kalender-Monat u. s. w.), bald nach relativen Merkmalen, d. h. von einem gegenwärtigen Moment bis zu demselben eines folgenden Zeitraums (als Zeittag u. s. w.) bestimmt werden[2]). Der Kalender-Tag geht von Mitternacht zu Mitternacht[3]); er heißt auch dies civilis[4]) Monate werden bei richterlichen oder Privat-Verfügungen von Datum zu Datum[5]) berechnet[6]); bei gesetzlichen Bestimmungen dagegen besteht der Monat regelmäßig[7]) aus dreißig Tagen[8]). Ein gemeines Jahr enthält **365** Tage[9]); beim Schaltjahr ist der **24.** Februar der eingeschaltete Tag[10]).

1) Bisweilen kommen auch Stunden in Betracht, oder es wird auch die Nacht dem Tage entgegengesetzt. L. 10. §. 1. D. *quemadmodum servitutes amittuntur* VIII, 6. — *A. Gellii* noct. att. III, 2. (§. 84. Note 2. u. unten Note 4. a. E.)

2) Koch Belehrungen u. s. w. §. 1—5.

3) L. 8. D. *de feriis* II, 12. (S. auch die folg. Note.)

4) *Gellius* l. l. III, 2 in f. *Macrobii* Saturnal. I, 3. Vgl. damit die L. 2. §. 1. D. *de V. S.* „Cujusque diei major pars est horarum septem primarum diei, [illegible] a supremarum." — Man setzte daher dem civilis dies auch einen *naturalis* d. entgegen. *Censorinus* de die nat. c. 23. *Cujacius* l. l. c. 2. — Gmelin a. a. O. §. 6. Reinfelder a. a. O. S. 21 fgg.

5) Dies bedeutet der Ausdruck ex nominatione Calendarum in der L. 2. Th. Cod. *de decurionib.* XII, 1. — Vgl. Schrader civilist. Abhandll. Bd. II. S. 198—201.

6) Dies ist die gemeine, auch wohl auf den natürlichsten Voraussetzungen beruhende Meinung. S. *J. Gothofredi* comment. ad L. 101. D. *de regul. jur.* — in den von Trotz herausgeg. opuscul. p. 1006: *Ursum* u. s. w.) A. M. ist Schrader a. a. O. S. 213 fg. Note **.

7) Bei richterlichen Fristen wurde noch ein Tag zugegeben. L. 1. D. *si quis cautionib. in judicio* etc. II, 11. Dadurch läßt sich erklären, wenn Paulus in der L. 101. D. *de reg. jur.* (aus dem Lib. singular. *de cognitionibus*) sagt: „Ubi lex duorum mensium fecit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit, audiendus est". (*Gothofr.* zu dieser Stelle in opusc. p. 1004 sq. — S. übrigens Reinfelder der annus civilis S. 145—163.) — Auch die Basiliken haben sexagesimo et primo die. S. die Ausg. des Titels de reg. jur. von Witte und die Heimbachsche Ausg. der Basiliken Lib. II. Tit. 3. Fr. 101. Jedoch Eustathius (a. a. O. S. 217.) und manche Pandektenhandschriften erklären auch hier die zwei Monate für 60 Tage. — Ueber die L. ult. C. *de temporib. et reparationib.* (VII, 63.), wo 3 Monate zu 93 Tagen berechnet werden, s. Reinfelder a. a. O. S. 123—128.

8) L. 28. u. L. 31. §. 22. D. *de aedil. edicto* XXI, 1. L. 22. §. 1. 2. C. *de jure delib.* VI, 30. Nov. 115. c. 2. — Eine eigene Meinung hat Schrader: Monatsrechnung des röm. Rechts (civ. Abh. II. Nr. III.), besonders gestützt auf L. 101. D. *de reg. jur.*; (Note 7.). Dagegen vertheidigen wieder die gemeine Meinung Unterholzner (ausführl. Entwickelung der gesammten Verjährungslehre Bd. I. S. 281. Note 287.) und Reinfelder a. a. O. S. 116—165. Uebrigens paßt zu keiner Ansicht die L. 3. in f. D. *de suis et legitimis heredibus* XXXVIII, 16. („De eo autem, qui *centesimo octogesimo secundo* die natus est, Hippocrates scripsit *et divus Pius rescripsit*, justo tempore videri natum, nec videri in servitute conceptum, cum mater ipsius centesimum octogesimum secundum diem esset manumissa"); obwohl man sich von beiden Seiten darauf berufen hat (s. Schrader S. 218. und Unterholzner a. a. O.); vermuthlich ist die Erwähnung des 182sten Tages durch den zu entscheidenden Fall veranlaßt. (S. übrigens Reinfelder S. 127—133.). Gar nicht hieher gehörig aber ist die L. 7. §. 1. D. *sol. matrim.* (XXIV, 3.), wo nur die Regel zur Anwendung gebracht wird, daß das Recht an den Dotalfrüchten nach der wirklichen Dauer der Ehe zu bestimmen sei.

9) L. 51. §. 2. D. *ad Leg. Aquil.* IX, 2. L. 4. §. 5. D. *de statu liberis* XL, 7. — Ueber das altrömische Jahr s. *Macrobii* Saturn. I, 12 sqq. — Niebuhr röm. Gesch. I. S. 304—317. (d. 3. A.)

10) *Macrobius* l. c. I. c. 13. — L. 98. pr. D. *de V. S.* („Cum bissextum Kalendis est, nihil refert, utrum priore, an posteriore die quis natus sit, et deinceps sextum Kalendas ejus natalis dies est: *nam id biduum pro uno die habetur.* Sed posterior dies intercalatur, non prior: ideo, quo anno intercalatum non est, sexto Kalendas natus, cum bissextum Kalendis est, priorem diem natalem

habet.") L. 3. §. 3. D. *de minor.* IV, 4. („— si bissexto natus est, sive priore, sive posteriore die, Celsus scripsit nihil referre: nam id biduum pro uno die habetur, et posterior dies intercalatur.") — Vgl. *Koch* l. l. §. 9. L. 2. D. *de divers. temporal. praescr.* XLIV, 3. („In tempore constituto judicatis, an intercalaris dies proficere judicato, nec ne, debeat, quaeritur: item de tempore, quo lis perit? Sic sine dubio existimandum est, ut auctum litis tempus intercalari die existimetur: velut, si de usucapione sit quaestio, quae tempore constituto expleri solet; aut de actionibus, quae certo tempore finiuntur, ut *aedilitiae pleraeque* [?] actiones. Et si quis fundum ea lege vendiderit, ut nisi in diebus triginta pretium esset solutum, inemtus esset fundus, dies intercalaris proficiet tempori [*al.* emtori]: *mihi contra videtur.*") S. *Bynkershoek* observ. jur. rom. IV, 8. *Kreyſsig* in der oben (§. 55. Note 5.) angeführten Dissertation §. 10. a. E. Unterholzner ausführl. Entwickelung der Verjährungslehre I. §. 86. a. E. — Keller über L. C. §. 18. S. 155. — Von dem alten Schaltmonat (*Sueton.* in vita Julii c. 40.) ist die L. 98. §. 1. D. *de V. S.* zu verstehen: („Cato putat, mensem intercalarem additicium esse, *omnesque ejus dies pro momento temporis observat*, extremoque diei mensis Februarii attribuit Qu. Mucius"). S. *Greg. Majansius* ad triginta JCtorum fragmenta T. I. in comment. ad h. l. (p. 101 sqq.) und besonders p. 108—110. (§. XI.). In der folgenden Stelle (§. 2.) dagegen („Mensis autem intercalaris constat ex diebus viginti octo") wird der Ausdruck in der neueren Bedeutung genommen, für den Monat, dem ein Tag eingeschaltet wird.

§. 86.

III. *Continuum, utile tempus**).

Wenn alle Zeittheile in natürlicher Reihefolge und ohne Unterbrechung fortlaufen, so ist continuum tempus vorhanden. Eine Abweichung davon kann auf verschiedenen Gründen beruhen; so namentlich a) darauf, daß gewisse Rechte nicht zu allen Zeiten ausgeübt werden können, wie die s. g. discontinuae servitutes[1]), oder b) daß von einem bestimmten Zeitraume einzelne Theile gar nicht gerechnet werden, geschehe dies zur Strafe für Jemanden, welcher nach Ablauf einer Zeit gewisse Rechte erwerben sollte[2]), oder zum Vortheile derer, welche binnen bestimmter Zeit gewisse Handlungen vornehmen müssen, um Rechte zu erwerben, zu erhalten, oder geltend zu machen. In letzter Hinsicht nun wird dem contin. tempus das utile entgegengesetzt, d. h. wobei nur die utiles dies in Betracht kommen. Hierunter wurden früher die feierlichen Rechts- und Geschäfts-Tage verstanden[3]); später aber bezog man den Ausdruck: dies, quibus experiundi potestas

non est, auch auf die Zeit der Unwissenheit und jeglicher Behinderung an der Vornahme des Geschäfts[4]); jedoch nicht immer auf dieselbe Art. Ein utile tempus gilt entweder unbedingt, d.h. es wird die Behinderungs-Zeit stets abgerechnet[5]), oder es gilt nur mit Beschränkungen[6]), und zwar entweder so, daß, wenn die Zeit einmal angefangen hat zu laufen, nunmehr Behinderungen nicht weiter berücksichtigt werden[7]), oder umgekehrt so, daß ein anfängliches tempus continuum sich während des Laufs in ein utile verwandelt[8]). Als Regel muß übrigens eine ununterbrochene Fortzählung der einzelnen Zeittheile angenommen werden, so wie umgekehrt, wenn einmal utile tempus anerkannt ist, es im Zweifel auch ohne Beschränkungen gilt[9]).

*) *C. G. Haubold* de temporis continui et utilis computatione (Lips. 1791. und in opusc. I. p. 397—438.). C. G. Gmelin üb. die stete u. zusammengesetzte Zeit nach röm. Rechtsprincipien (crit. Archiv der neuesten juriſt. Litt. u. Rechtspflege von Danz, Gmelin u. Tafinger Bd. II. Tüb. 1802. S. 193—244. Glück Erläut. der Pand. nach Hellfeld Bd. III. §. 269 *a.*

1) L. 7. D. *quemadm. servit. amitt.* VIII, 6. („Si sic constituta sit aqua, ut vel aestate ducatur tantum, vel uno mense, quaeritur, quemadmodum non utendo amittatur, quia non est continuum tempus —, et si alternis annis vel mensibus quis aquam habeat" — —). L. 10. §. 1. *eod.*

2) Ein Beispiel enthält L. 4. §. 8. L. 14. §. 1. D. *de statu liber.* XL, 7.

3) Vgl. L. 6. C. *ad L. Jul. de adult.* IX, 9. und L. 11. §. 6. D. *eod.* XLVIII, 5. L. 1. in f. D. *de divers. temp. praescr.* XLIV, 3.

4) L. 1. D. *de divers. temp. praescr.* XLIV, 3. („Quia tractatus de utilibus diebus frequens est, videamus, quid sit, experiundi potestatem habere. Et quidem in primis exigendum est, ut sit facultas agendi; neque sufficit reo, experiundi secum facere potestatem, vel habere eum, qui se idonee defendat, nisi actor quoque nullâ idoneâ causâ impediatur experiri. Proinde sive apud hostes sit, sive reipublicae causa absit, sive in vinculis sit, aut si tempestate in loco aliquo vel in regione detineatur, ut neque experiri, neque mandare possit, experiundi potestatem non habet. Paene is, qui valetudine impeditur, ut mandare possit, in ea causa est, ut experiundi habeat potestatem. *Illud utique neminem fugit, experiundi potestatem non habere eum, qui Praetoris copiam non habuit*; proinde hi dies cedunt, quibus jus Praetor reddit.") L. 2. pr. D. *quis ordo in possessionib. servetur* XXXVIII, 15. („Utile tempus est bonorum possessionum admittendarum. Ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint, scilicet ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere; ceterum, quacunque die nescierit, aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat.") — §. 1. („Dies bonorum possessionis utiles esse, palam est; sed non sessionum numerabuntur, si modo ea sit bonorum

possessio, quae de plano peti potuit. Quod, si ea, quae causae cognitionem pro tribunali desiderat, vel quae decretum exposcit, sessiones erunt computandae — —").

5) *Haubold* l. l. c. IV.

6) L. 1. §. 7. D. *quando appelland. sit* XLIX, 4. („Dies autem istos, quibus appellandum est, *ad aliquid utiles* esse, oratio D. Marci voluit, si forte ejus, a quo provocatur, copia non fuerit.")

7) *Haubold* l. l. c. V.

8) L. 2. pr. D. *quis ordo in possessionib. servetur* XXVIII, 15. („— Fieri autem potest, ut, qui initio scierit, vel potuerit bonorum possessionem admittere, hic incipiat nescire, vel non posse admittere, scil. si, cum initio cognovisset, eum intestatum decessisse, postea quasi certiore nuntio allato dubitare coeperit, numquid testatus decesserit, vel numquid vivat, quia hic rumor postea perrepserat.") — *Haubold* l. l. c. VI. — Gegen die Annahme eines temp. rat. initii continuum und rat. cursus utile erklären sich jetzt die meisten Juristen (s. auch Fritz a. a. O. S. 235 fg.). Indessen ist es doch weder unnatürlich noch unlogisch, die Fälle, in welchen erst später ein zu berücksichtigendes Hinderniß eintritt, und die ja auch von den Röm. Juristen besonders hervorgehoben werden, auf diese Art zu bezeichnen, zumal es auch solche Fälle giebt, wofür an sich continuum tempus im vollen Sinne gilt, dennoch aber aus besonderen Gründen eine Unterbrechung Statt finden kann; man denke z. B. an die s. g. praescriptio quiescens.

9) *Haubold* l. l. c. VII.

§. 87.

IV. Civil- und Natural-Computation*).

In anderer Hinsicht setzt man die Civil-Computation[1]) der natürlichen Zeitberechnung entgegen, nämlich in Beziehung auf die Frage: wann ein an sich ohne Unterbrechung fortlaufender Zeitraum für beendigt zu halten sei? Nach der natürlichen Computation wird vom Anfangspunct genau bis zum natürlichen Schlußmoment gerechnet[2]). Nach der Civil-Computation wird entweder dem wirklich abgelaufenen Zeitraume noch etwas zugesetzt[3]), oder umgekehrt, der noch nicht abgelaufene für vollendet gehalten, bisweilen so, daß nur auf den Anfang eines Jahres gesehen wird[4]), häufiger in der Art, daß mit dem Anfang des letzten Tages der noch nicht abgelaufene Zeitraum für vollendet gilt, nämlich für die Testamentsfähigkeit[5]), die Usucapion[6]), und in einigen anderen Fällen[7]).

*) *Jo. Conr. Rücker* D. de civili et naturali temporis computatione in jure (Vor seinen observ. interpr. et orat. varii argumenti. Lugd. Bat. 1749. 8.). — Gmelin über die Zeit u. Zeitberechnung §. 19. — Glück Pand. III. §. 269*b*. — Schweppe Magaz. IX. — Löhr

Archiv f. civilist. Pr. Nr. XVI. — Unterholzner ausf. Entw. der Verjährungsl. I. §. 90. — Hieher insonderheit gehört die Schrift von Reinfelder über den annus civilis.

1) Der Name ist nach dem Ausdruck von Paulus in der L. 134. D. *de V. S.* gebildet: „quia annum *civiliter*, non ad momenta temporum — numeramus".

2) Diese Berechnungsart gilt übrigens als Regel. S. z. B. Pr. I. *quib. mod. tut. fin.* L. 3. §. 3. D. *de minoribus* IV, 4. (Die Schwierigkeiten dieser Stelle fallen weg, wenn man auf folgende Art interpungirt: „Minorem autem viginti quinque annos natu, videndum, an etiam diem [*al.* die] natalis sui adhuc dicimus [*al.* ducimus], ante horam; qua natus est, ut si captus sit, restituatur? Et cum nondum compleverit, ita erit dicendum; ut a momento in momentum tempus spectetur." S. meine observ. jur. rom. Sp. I. c. 2. §. 2. Dagegen erklärt sich *Wenck* in den observatt. zu Vacarius not. 47., dem auch Beck in seiner Ausg. vom C. j. c. gefolgt ist.) — L. 4. D. *de ritu nuptiar.* XXIII, 2. L. 6. D. *de O. et A.* XLIV, 7. („In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem." S. *Rücker* l. l. c. 4. §. 5—9.) L. 15. §. 6. D. *ad L. Jul. de adulter.* XLVIII, 5. L. 3. D. *de jure immunit.* L. 6. — Vgl. auch L. 74. §. 1. D. *ad SCt. Treb.* XXXVI, 1. und *Rücker* l. l. c. 3. §. 9 sqq. — Die von Rücker (a. a. O. c. V. §. 9 fgg.) aufgestellte Regel über die Fälle, wo Civil-Computation und wo die Natural-C. anzuwenden sei, ist übrigens durch nichts begründet. S. Glück a. a. O. S. 571 fgg. (d. 2. A.)

3) L. 1. D. *si quis caut. in jud. sist. causa fact. non obtemp.* II, 11. L. 101. D. *de reg. jur.* — Vgl. §. 84. Note 4.

4) L. 5. 8. 22. D. *de annuis legat.* XXXIII, 1. L. 8. D. *de muner. et honor.* L., 4.

5) L. 5. D. *qui test. fac. poss.* XXVIII, 1. „A qua aetate testamenta vel masculi vel foeminae facere possunt, videamus? Verius est, in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in foeminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficiat complesse? Propone, aliquem Kalendis Januariis natum, testamentum ipso natali suo fecisse quarto decimo anno: an valeat testamentum? Dico valere. *Plus arbitror, etiamsi pridie Kalendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum: jam enim complesse videtur annum quartum decimum, ut Marcianum videtur.*" — Ulpian scheint hier so zu argumentiren: der völlige Ablauf des Geburtstages ist nicht erforderlich, sondern nur die Erfüllung des vierzehnten Jahres. Ja (fährt er fort) diese ist schon mit dem Anfang des letzten Tages anzunehmen. Vgl. *Gellius* noct. att. III, 2., auch *Rücker* l. l. c. 2. §. 1., ferner Gmelin üb. die Zeit u. Zeitberechnung §. 17. Unterholzner a. a. O. S. 305 fgg. A. M. sind Koch a. a. O. Abschn. II. §. 13. 14. E. F. Hagemeister üb. die Mündigkeit zum Testiren (in Hugo's civ. Magaz. III. Nr. I.). Löhr a. a. O. S. 420 fgg. und Reinfelder a. a. O. besonders S. 32 fgg.

6) L. 6. 7. D. *de usurp.* XLI, 3. („In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus. Ideoque, qui hora sexta diei Kalendarum Januariarum possidere coepit, hora sexta noctis pridie Kalendas Januarias implet usucapionem.") L. 15. pr. D. *de divers. tempor. praescr.* XLIV, 3. („In usucapione ita servatur, ut, etiamsi minimo momento novissimi

diei possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum tempus.") Vgl. *Rücker* l. l. c. 2. §. 4. 5. §. 15. Erb über den annus civilis der Usucapion (in Hugo's civ. Magaz. V. Nr. VIII). Unterholzner a. a. O. S. 302. a. E. fg. Reinfelder a. a. O. S. 88 fgg.

7) L. 1. D. *de manumissionib.* XL, 1. L. 134. D. *de V. S.* („Anniculus non statim ut natus est, sed trecentesimo sexagesimo quinto die dicitur, incipiente plane, non exacto die; quia annum civiliter, non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus.") Vgl. *Cujacius* Lib. XXVII. obs. 27. *J. G. Heineccius* ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. c. 9. §. 2. c. 15. §. 6. p. 286.

§. 88.

B) Vom Orte. (Gegenwart, Abwesenheit.)

Die Anwendung des Ortsbegriffs zeigt sich hauptsächlich in folgenden Fällen: a) wenn die Rede ist vom Conflict mehrerer Orts- oder Landesgesetze (davon oben §. **72. 73.**); b) in der Lehre vom Gerichtsstande und vom Domizil[1]), endlich c) in den zahlreichen Fällen, wo An- oder Abwesenheit zur Sprache kommt. Abwesend nun ist **1)** derjenige, welcher an dem Orte nicht gegenwärtig ist, wo er eigentlich seyn sollte, oder wo etwas vorgeht, das in irgend einer Beziehung für ihn ein rechtliches Interesse hat[2]). Insonderheit aber gilt **2)** für abwesend derjenige, welcher außerhalb Landes, oder wenigstens seines Wohnorts ist; hierauf geht die Eintheilung der Abwesenheit in eine nothwendige und freiwillige, so wie die Unterabtheilung beider in eine rühmliche, tadelnswerthe und indifferente[3]). **3)** In einer rein technischen und nur für gewisse Gegenstände geltenden Bedeutung werden Abwesende in Beziehung auf einander diejenigen genannt, welche in verschiedenen Provinzen ihren Wohnort haben[4]). Endlich **4)** ist noch der Begriff einer fingirten Abwesenheit zu erwähnen, welcher durch Uebertragung der Rechte eines Abwesenden auf Kinder, Wahnsinnige, Gefangene, Städte, Soldaten im Dienste u. A., auch wenn sie nicht wirklich abwesend waren, veranlaßt wurde[5]).

1) S. unten §. 195.

2) S. z. B. a) L. 73. D. *de judic.* V, 1. L. 2. D. *quib. ex caus. in poss. eatur* XLII, 4. (Für die Frage: wenn ist Jemand contumax?) — b) L. 21. L. 26. §. 1. D. *ex quib. caus. in int. rest.* IV, 6. L. 1. L. 19. pr. L. 20. L. 28. L. 51. §. 4. 5. D. *de fideic. lib.* XL, 5. (Wann wird man wegen Anderer Abwesenheit restituirt?) —

c) L. 5. §. 2—4. D. *de O. N. N.* XXXIX, 1. (die O. N. N. soll an Ort und Stelle geschehen). d) L. 4. §. 5. D. *de damno infecto* XXXIX, 2. („— ei, qui aberit, prius domum denuntiari jubeam. *Abesse autem videtur, et qui in jure non est.*") — e) *Gaji* Inst. IV. §. 82 sqq. Vat. Fr. *de cognitor. et procuratorib.* (§. 317 sqq.). *Festus* de V. S. v. *cognitor.* — bei *Gothofr.* p. 269. (Praesentis, absentis procurator. Vgl. meine Cession §. 6. Hollweg Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses S. 165 fgg. *Buchholtz* Exc. III. ad Vatic. Fragm. p. 335 sqq. — In Verbindung stehen hiemit die Begriffsbestimmungen von Abwesenden in L. 5—7. u. L. 10. D. *de procur.* III, 3. L. 173. §. 1. L. 199. pr. D. *de V. S.* S. meine Cession a. a. O. Hollweg a. a. O. S. 197.) — f) L. 1. L. 3. C. *de errore advocatorum* II, 10. (Behauptungen und Zugeständnisse der Advocaten in Gegenwart oder in Abwesenheit der Parteien.) — g) L. 10. L. 11. D. *de ritu nuptiarum* XXIII, 2. — L. 12. D. *de in jus voc.* II, 4. L 8. pr. D. *de proc.* III, 3. L. 18. §. 1. D. *de judic.* V, 1. L. 17. §. 10 sqq. D. *de injur.* XLVII, 10. — L. 22. §. 1. 6. D. *sol. matr. dos quemadm. pet.* XXIV, 3. (Das den Kindern in Abwesenheit des Vaters zustehende Recht.) — h) L. 2. §. 2. L. 22. § 3. u. 6. D. *sol. matrim.* L. 8. §. 3. C. *de bon., quae liber.* VI, 61. (Das Recht der Väter in Abwesenheit der Kinder.) i) L. 3. 4. D. *quod cujusq. univ. nomine* III, 4. (Beschluß der gegenwärtigen Mitglieder), u. s. w.

3) Vgl. L. 26. §. 9. D. *ex quib. caus. maj. in int. rest.* IV, 6. („Et generaliter, quotiescunque quis ex necessitate, non ex voluntate afuit, dici oportet, ei subveniendum.") L. 28. pr. *eod.* („Nec non et si quis de causa probabili afuerit — — puta studiorum causa —.") L. 2. §. 1. *eod.* L. 26. §. 1. *eod.* („Adversus relegatum restitutionem faciendam ex generali clausula Pomponius ait — — —: ex causa tamen puto etiam ipsi succurrendum.") L. 2. §. 8. D. *si quis caut. in jud. hist. c. fact. n. obtemp.* II, 11. L. 30. D. *de noxal. act.* IX, 4. — §. 2. I. *de excus. tut. et cur.* L. 11. §. 2. D. *de minor.* IV, 4. L. 10. pr. §. 1. L. 45. D. *de excus.* XXVII, 1. L. 6. D. *ubi pup. educari vel morari debeat* XXVII, 2. („Si vero *necessaria absentia* tutoris acciderit —.") — L. 15 §. 1. D. *ad L. Jul. de adult.* XLVIII, 5. („Neque enim aequum visum est, absentem reipublicae causa inter reos referri —.") L. 2. D. *eum, qui appellaverit in provincia defendi* XLIX, 11.

4) L. ult. C. *de praescr. longi temp.* VII, 33.

5) L. 124. §. 1. D. *de reg. jur.* L. 7. 9. 10. 11. 22. §. 2. L. 23. § 3. D. *ex quib. caus. maj.* L. 10. D. *quib. ex causis in possession. eatur* XLII, 4. L. 15. §. 3. D. *ad L. Jul. de adult.* — Vgl. noch L. 2. §. 1. D. *de proc.* („Furiosus *non est absentis loco*, quia in eo animus deest, ut ratum habere non possit.") L. 199. §. 1. D *de V. S.* („*Abesse non videtur*, qui ab hostibus captus est, sed qui a latronibus detinetur.") S. *Cujacii* obs. Lib. VII. obs. 35. *Brisson.* v. *abesse* §. 7. in f.

§. 89.

Allgemeine Eintheilung willkührlicher Handlungen (Delict, Strafe).

Willkührliche Handlungen sind entweder erlaubte, oder unerlaubte. Zur ersten Klasse gehören vorzüglich die Rechts-

geschäfte (§. 101 fgg.), obgleich es auch erlaubte Handlungen giebt, die Rechte begründen, ohne zur Kategorie der Rechtsgeschäfte zu gehören. Eine unerlaubte Handlung heißt überhaupt ein Delict, mag durch ein Thun oder Unterlassen gegen Recht, Gesetz oder Sitte gefehlt seyn, mag dabei dolus oder nur imputable culpa zu Grunde liegen [1]). Eben so allgemein ist auch der Begriff von Strafe, indem er jede nachtheilige Folge gesetzwidriger Handlungen umfaßt, gleichviel ob sie durch Gesetz oder Privatverfügung bestimmt ist [2]), ob sie blos in einer Nichtigkeit des Geschehenen besteht [3]), oder in einer Entschädigungs-Verbindlichkeit [4]), oder ob noch ein besonderer Nachtheil den Uebertreter des Gesetzes trifft. Auf Letzteres geht vorzugsweise der Begriff Strafe, so wie die Handlungen, welche sie veranlassen, auch vorzugsweise Delicte genannt werden, und diese Delicte werden eingetheilt in publica, deren Ahndung dem Staat gebührt, so daß Privatautonomie hierauf gar keinen Einfluß hat, — und privata delicta, woraus eine Pönalklage gegen den Schuldigen, meistens nur für den Verletzten oder dessen Nachfolger entsteht [5]).

1) S. z. B. §. 3. I. *ad L. Aquil.* L. 9. §. 2. D. *de minor.* IV, 4. L. 51. pr. *de aedil. edicto* XXI, 1. L. 39. D. *sol. matr. dos quemadm. pet.* XXIV, 3. L. 3. §. 5. D. *de bon. poss. contra tab.* XXXVII, 4. L. 1. in f. L. 2. D. *de itinere actuque privato* XLIII, 19. — Noch weiter ging die Bedeutung des Ausdrucks nach dem gemeinen Sprachgebrauch: „delinquere est praetermittere, quod non oportet praeteriri" sagt *Festus* h. v. p. 278. (bei Gothofredus).

2) Z. B. §. ult. I. *de V. O.* L. ult. D. *de eo, quod certo loco* XIII, 4. L. 68. 90. D. *de V. O.* XLV, 1. L. un. C. *de his, quae poenae nomine relinq.* VI, 41. — Uebrigens s. L. 2. D. *de his, quae poenae nom. rel.* XXXIV, 6.

3) L. 5. C. *de legib.* I, 14.

4) L. 4. §. 1. D. *ne vis fiat ei, qui in poss. miss.* XLIII, 4.

5) Rubr. Tit. Dig. *de privat. delictis* XLVII, 1. L. 7. D. *de publ. jud.* XLVIII, 1. L. 1. §. ult. D. *de poenis* XLVIII, 19. — Vgl. L. 131. D. *de V. S.* L. 200. *eod.* („Haec stipulatio: noxis solutum praestari, non existimatur ad eas noxas pertinere, quae publicam exercitionem et coërcitionem capitalem habent.") L. 17. §. 18. D. *de aedil. edicto* XXI, 1. („Noxas accipere debemus privatas, hoc est, eas, quaecumque committuntur *ex delictis, non publicis criminibus* —; denique specialiter cavetur de capitalibus fraudibus: ex privatis autem noxis oritur damnum pecuniarium.") — S. auch *Fr. Duareni* Disput. annivers. I. c. 36. *Cujacii* obs. VIII, 33.

§. 90.

Erforderniſſe juriſtiſcher Handlungen.

Soll eine willkührliche Handlung Rechte und Verbindlichkeiten begründen, ſo müſſen a) ein freier und wahrhafter Entſchluß, b) ein hinreichend beſtimmter Ausdruck des Willens zuſammentreffen. Das erſte Erforderniß löſt ſich in die drei Eigenſchaften auf: Willensfähigkeit, freie Selbſtbeſtimmung, und ernſtliche Abſicht. Fehlt es an einer der beiden erſten Eigenſchaften, ſo iſt die Handlung ungiltig, oder doch nicht völlig wirkſam [1]).

1) Vgl. hierbei die folg. §§. und insbeſondere a) unten §. 163. 164. — b) L. 48. D. *de reg. jur.* L. 5. C. *de injur.* IX, 35.

§. 91.

I. Von der erforderlichen Willensrichtung:

1) Mangel der Willensfähigkeit *).

Die Fähigkeit, einen freien Entſchluß zu faſſen, oder mit Abſicht und Ueberlegung zu handeln, fehlt entweder ganz, wie beim Wahnſinnigen, oder ſie iſt noch nicht ausgebildet, wie beim Unmündigen [1]), oder es hat die Unfähigkeit ihren Grund in dem Mangel des Organs, welches zur richtigen und vollſtändigen Auffaſſung der Begriffe unumgänglich nöthig iſt [2]), oder es iſt die Möglichkeit einer freien Willensbeſtimmung nur momentan geſtört. Dieſe Störung kann durch Trunkenheit veranlaßt ſeyn [3]), oder durch heftige Leidenſchaften und Affecte [4]), wobei denn insbeſondere noch der Einfluß des Zorns auf die rechtliche Bedeutung der Handlungen in unſeren Quellen berückſichtigt iſt [5]).

*) J. C. Hoffbauer die Pſychologie in ihren Anwendungen auf die Rechtspflege. Halle 1808. 2te Ausg. 1823.

1) „Furiosus et pupillus, *ubi ex re venit actio*, obligantur". L. 46. D. *de O. et A.* XLIV, 7. Vgl. A. D. Weber von der natürl. Verbindl. §. 71. — Uebrigens ſtehen beide keineswegs auf ganz gleicher Stufe, wenn von rechtlicher Beurtheilung ihrer Handlungen die Rede iſt: „in negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum, alia eorum, qui fari possunt, quamvis actum rei non intelligerent: nam furiosus nullum negotium contrahere potest, pupillus omnia, tutore auctore, agere potest." L. 5. D. *de reg. jur.* — S. auch

§. 10. I. *de inutil. stipul.* L. 111. D. *de reg. jur.* L. 5. §. 2. D. *ad leg. Aquil* IX, 2. L. 23. D. *de furtis* XLVII, 2.

2) L. 12. §. 2. D. *de jud.* V, 1. („Natura — impediuntur, ne judices sint — surdus, mutus, et perpetuo furiosus, et impubes, *quia judicio carent.*") — §. 3. I. *quibus non permitt. fac. test.* L. 10. C. *qui testam. fac. poss.* VI, 22. (ſ. unten §. 180.)

3) c. 7. §. 1. C. XV. qu. 1. („Nesciunt, quid loquantur, qui nimio vino indulgent: jacent sepulti: ideoque, si qua per vinum deliquerint, apud sapientes judices venia quidem facta donantur, sed levitatis damnantur auctores.") — *H. Bodinus* (resp. *Köhlau*) D. de jure circa ebrietatem. Hal. 1697. 4.

4) *Cic.* de invent. II, 5. — Vgl. *J. F. Ludovici* D. an et quatenus affectus humani in foro considerentur. Hal. 1706. 4.

5) L. 48. D. *de reg. jur.* („Quidquid in calore iracundiae vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, judicium animi fuisse.") L 3. D. *de divort.* XXIV, 2. — L. 19. C. *de inoff. test.* III, 28. — L. 2. C. *ad leg. Jul. Maj.* IX. 8. — L 5. C. *de injur.* IX, 35. — *W. A. Lauterbach* (resp. *Reuſs*) D. de ira, ejusque in jure effectib. Tub. 1669. 4. — E. C. Weſtphal Grundſätze von rechtlicher Beurtheilung der aus Hitze des Zorns unternommenen, erlaubten und unerlaubten Handlungen. Halle 1784. 4. — G. H. v. Berg juriſt. Beobachtungen u. Rechtsfälle Th. I. Nr. IX.

§. 92.

2) Mangel der freien Selbſtbeſtimmung.

Wenn auch die Möglichkeit ſeinen Willen zu beſtimmen vorhanden iſt, ſo kann doch nichtsdeſtoweniger die freie Selbſtbeſtimmung bei einzelnen Handlungen fehlen, weil man zu der Handlung durch Zwang beſtimmt, oder durch einen Irrthum veranlaßt wird, mag dieſer durch Täuſchung herbeigeführt ſeyn, oder nicht. Von dem, welcher gezwungen handelt, läßt ſich noch immer ſagen, daß er mit vollem Bewußtſeyn handle[1]), falls nicht etwa die Furcht ihm alle Ueberlegungs-Fähigkeit geraubt hat, in welchem Falle die Handlung wie eine unter dem Einfluß von Affecten ſtehende beurtheilt wird. Dem Irrenden dagegen fehlt die richtige Einſicht in die Sache, und er läßt ſich inſofern mit Dem vergleichen, der unfähig iſt ſeinen Willen zu beſtimmen, obgleich der Grund der mangelnden Einſicht bei ihm ein ganz anderer iſt, wie bei Jenem, weshalb denn auch eine getrennte Behandlung im Syſtem nöthig wurde. Da aber ein durch Betrug und Hinterliſt bewirkter Irrthum nothwendig andere rechtliche Fragen erzeugen muß, als der durch Selbſttäuſchung veranlaßte, ſo ſind beide Arten

des Irrthums auch in der Wissenschaft als verschiedene Begriffe zu behandeln.

1) L. 21. § 5. D. *quod met. causa* IV, 2. („Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui.") S. *Schulting* u. *Smallenburg* zu dieser Stelle, T. I. p. 507. und den folg. §. Note 7. 8.

§. 93.

Insbesondere a) vom Zwang *(vis et metus)* *).

Zwang ist im Allgemeinen Alles, wodurch Jemand wider seinen Willen bestimmt wird zu handeln, oder etwas zu dulden, oder zu unterlassen; im engeren Sinne aber ist es die durch äußere, d. i. körperliche Handlungen bewirkte Nöthigung [1]). Der Zwang ist entweder ein rechtmäßiger, worunter die von einer dazu befugten Person auf gehörige Art erfolgte Nöthigung verstanden wird [2]), oder ein ungerechter, wobei wieder die vis publica von der privata unterschieden wurde, je nachdem der Zwang mit oder ohne Waffen erfolgt war [3]). Von dem Zwang im engeren Sinn ist nur die durch Drohung erregte Besorgniß eines Uebels (metus) zu unterscheiden [4]). Soll diese rechtlich berücksichtigt werden, so muß sie gehörig gerechtfertigt erscheinen, das angedrohete Uebel also kein ganz unbedeutendes, die Ausführung der Drohung aber mit Grund zu befürchten seyn, sich auch durch andere Mittel, als durch Nachgiebigkeit, nicht leicht beseitigen lassen [5]). Daher kommt denn die s. g. Reverential-Furcht nicht in Betracht [6]), und noch weniger wird man eine gerechte Drohung als Grund ansehen können, die dadurch bewirkte Handlung anzufechten. Der strenge Grundsatz der stoischen Philosophie: daß Niemand sich durch Zwang und Drohung bestimmen lassen dürfe [7]), wurde bisweilen auch wohl von Röm. Juristen anerkannt (s. Note **1.** zu §. **92.**), doch in der Praxis davon kein Gebrauch gemacht, vielmehr galt hier das Prinzip, daß erzwungene Handlungen nicht aufrecht erhalten werden sollten [8]); selbst ein durch Zwang bewirktes Unrecht gegen Dritte soll dem Gezwungenen nicht zur Schuld zugerechnet werden [9]), falls die Voraussetzungen vorhanden sind, un-

ter welchen die Besorgniß eines erheblichen Uebels für den Gezwungenen vollkommen gerechtfertigt erscheint[10]).

*) Dig. (IV, 2.) *quod metus causa gestum erit.* — Cod. (II, 20.) *de his, quae vi metusve causa gesta sunt.* — *Nic. Hier. Gundling* lib. sing. de efficientia metus tum in promissionib. liberarum gentium, tum etiam hominum privatorum, auxiliisque contra metum. Hal. 1711. 4.

1) Lib. 1. L. 2. D. *h. t.*

2) L. 3. §. 1. *h. t.*

3) §. 8. I. *de publ. jud.* — *Cic.* or. pro Caec. c. 31. 32. *Gellius* Lib. XX. c. 10. in f. — Vgl. v. Savigny in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtswiss. III.

4) *Cic.* Tusc. quaest. IV, 7. — L. 1. 5. D. *h. t.*

5) L. 3. in f. L. 4. 5. 6. D. *h. t.* („Metum accipiendum — — non quemlibet timorem, sed majoris mali; — — non vani hominis, sed qui merito et in hominem constantissimum cadat"). L. 7. *eod.* L. 9. pr. *eod.* („Metum autem *praesentem* accipere debemus, *non suspicionem inferendi ejus.*") L. 2. §. 1. L. 3. D. *ex quib. caus. maj.* IV, 6. L. 13. C. *de transactionib.* II, 4. („Nec tamen quilibet metus ad rescindenda ea, quae consensu terminata sunt, sufficit, sed talem metum probari oportet, qui salutis periculum, vel corporis cruciatum contineat.")

6) L. 6. C. *h. t.* L. 22. D. *de ritu nuptiar.* XXIII, 2. — *Sam. Fr. Willenberg* D. de metu reverentiali. Ged. et Lips. 1712. 4.

7) *Cic.* Tusc. quaest. IV, 6. in f. — Vgl. *Heineccii* opusc., in quib. historia edictorum aliaque continentur p. 397. not. b. — L. 21. §. 5. D. *h. t.*

8) L. 21. §. 3. L. 22. L. 23. §. 1. D. *h. t.* L. 6. §. 7. D. *de a. v. o. h.* XXIX, 2. L. 17. pr. D. *qui et a quib. manumissi liberi non fiunt* (XL, 9.). L. 7. C. *h. t.* — *Senecae* controv. IV, 26. — In dieser Hinsicht standen vis und metus einander gleich. L. 1. D. *h. t.* („Ait Praetor: quod metus causa gestum erit, ratum non habebo. Olim ita edicebatur: quod vi metusve causa —; sed postea detracta est vis mentio, quia, quodcunque vi atroci fit, id metu quoque fieri videatur.") S. *Noodt* zu Tit. Dig. *quod met. c.* zu Anfang. — *Schulting* enarrat. part. primae Dig. IV, 2. §. 1. — Uebrigens gilt die Schlußbemerkung des folg. §. (unter Nr. 3.) auch hier. — Noch ist zu bemerken, daß bloße Ueberredungen die rechtliche Giltigkeit der Handlungen nicht aufheben oder vermindern (s. L. 3. D. [XXVIII, 6.] u. L. 3. C. [VI, 35.] *si quis aliquem testari prohibuerit*), falls damit kein eigentlicher dolus verbunden ist. L. 9. §. 1. D. *de dolo malo* (IV, 3.). L. 7. C. *eod.* (II, 21.). — *Sam. Stryk* D. de jure persuasionis. Frcf. 1678. 4. — *Leyser* meditt. ad Pand. sp. 42. m. 2.

9) Tittmann Handb. d. Strafrechtswiss. I. §. 97.

10) Denn „vani timoris justa excusatio non est." L. 184. D. *de reg. jur.* Vgl. Note 5.

§. 94.

b) Vom Dolus *).

Dolus ist nach der ursprünglichen und eigentlichen Bedeutung des Worts[1]) soviel als Täuschung, List, Hinterlist[2]).

Doch heißt Dolus auch erstlich — und zwar sehr gewöhnlich — jede absichtliche und von verwerflicher Gesinnung zeugende Rechtswidrigkeit[3]), sodann Alles, was dem guten Glauben zuwiderläuft[4]), endlich aber auch (unter der Form der doli exceptio), was mit den Gesetzen der Billigkeit nicht bestehen kann[5]). Auf jenen ersten Begriff beziehen sich (oder setzen ihn doch wesentlich voraus) die Eintheilungen der Neueren in einen heimlichen und offenen Dolus, in einen verus und praesumtus[6]), in einen d. ex proposito und ex re[7]). Der Dolus im eigentlichen Sinn aber ist entweder d. bonus oder malus. Unter jenem wird die erlaubte List verstanden, wodurch man das Seinige sich zu erhalten sucht[8]). Der d. malus aber ist die rechtswidrige Täuschung, wodurch Jemand zu einem ihm nachtheiligen Handeln oder Unterlassen verleitet wird[9]). Der Betrügende soll hievon keinen Vortheil, weder unmittelbar noch mittelbar, haben, der Betrogene soll gegen Schaden und Nachtheil möglichst gesichert werden. Außerdem bemerke man: **1**) Im Handel und Wandel kann darauf nichts ankommen, daß eine Sache über oder unter ihrem Werthe angeschlagen oder verkauft wird[10]). Es liegt an sich noch kein Betrug darin, daß der Verkäufer die Sache über die Gebühr anpreist, oder Mängel derselben verschweigt, nur darf er dieselben nicht geflissentlich zu verbergen bemüht seyn[11]); auch giebt es Fälle, wo die gerühmten Vorzüge ebensowol, als die Abwesenheit nicht genannter Mängel gewährt werden müssen[12]). **2**) Im Rechtssinne wird Der nicht für betrogen gehalten, welcher mit leichter Mühe den Betrug durchschauen konnte[13]), und eben so wenig Der, welcher keinen Schaden durch den Betrug erlitten hat[14]). **3**) Nicht immer hat rechtswidrige Täuschung gleiche Folgen in Ansehung der dadurch erzeugten Handlungen; worüber das Nähere an seinem Orte vorkommen wird[15]).

*) Dig. (IV, 3.) *de dolo malo.* Cod. (II, 21.) *de dolo malo* — *G. Noodt* de forma emendandi doli mali in negotiis admissi liber (opp. T. I. p. 307 sqq.).

1) Vgl. *Cic.* de offic. III, 14. in f. u. 15. — *Gothofredi* auctt. lat. ling. p. 1356.

2) S. unten Note 8. 9. — Hasse die Culpa des R. R. §. 17.

3) L. 14. §. 13. D. *quod met. causa.* L. 23. §. 9. D. *ad leg. Aquil.* IX, 2. L. 2. §. 8. D. *de vi bonor. raptor.* XLVII, 8. L. 7. D. *ad*

L. Cornel. de sic. XLVIII, 8. — Dieser Begriff von dolus geht sowol auf den civilrechtlichen als den criminalrechtlichen Dolus. S. hierüber die Abh. von H. R. Stöckhardt in der Themis von Elvers Bd. II. Nr. IX.

4) L. 3. §. 3. D. *pro socio* XVII, 2. — *C. J. Elvers* doctr. de culpa p. 959. Stöckhardt a. a. O. S. 281 fg. Nr. 10.

5) Die Neueren nennen die hierauf gegründete Einrede: exc. doli generalis. Einzelne Fälle in L. 2. §. 4. 5. u. 6. L. 4. §. 4. L. 8. D. *de doli mali et met. exc.* XLIV, 4. L. 173. §. 3. D. *de reg. jur.* L. 8. §. ult. D. *quib. mod. pign. v. hyp. solv.* XX, 6. L. 36. in f. D. *de V. O.* XLV, 1. — S. auch §. 30. I. *de actionib.* L. 29. D. *de jure dotium* XXIII, 3. L. 23. D. *sol. matr. dos quemadm. pet.* XXIV, 3. L. 25. D. *de administr. tut.* XXVI, 7. — Vgl. Burchardi die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vor. Stand §. 18. S. 297 fgg.

6) Von einem d. praes. spricht man wegen L. 8. §. 9. L. 44. D. *mandati* XVII, 1. L. 7. pr. D. *de admin. et peric. tut.* XXVI, 7. L. 41. D. *ad legib. Falcid.* XXXV, 2. L. 5. C. *de injuriis* IX. Dagegen s. aber *Domp. de Jonquières* de rest. in int. Tit. 3. §. 8. Hasse Culpa §. 23. u. Wening im neuen Archiv des Criminalrrechts Bd. II. Nr. IX. — Vgl. auch meine Forts. des Glückschen Commentars Bd. 36. S. 77. Note 68.

7) Diese Unterscheidung gründet man auf L. 86. in f *de V. O.* XLV, 1. („Idem est, et si nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet: cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit, quod petit.") (s. *Petri* except. II, 57.). L. 7. §. 11. D. *de pact.* II, 14. („Sive autem ab initio dolo malo pactum factum est, sive post pactum dolo malo aliquid factum est, nocebit exceptio, propter haec verba edicti: *neque fiat.*") L. 1. in f. D. *depositi* XVI, 3. („Hoc enim ipso dolo facit, quod id, quod ad se pervenit, non reddit.") — L. 7. §. 2. D. de trib. act. (XIV, 4). — Doch bestimmen die Rechtslehrer den s. g. dol. ex re nicht auf dieselbe Weise. Vgl. Glück Commentar nach Hellfeld IV. S. 112. Note 2., auch Wening a. a. O. §. 11. S. 217 fgg.

8) L. 1. §. 2. 3. *h. t.* — L. 77. §. 31. *de leg.* II. — *Ev. Otto* D. de dolo bono (in dessen Dissert. jur. publ. et priv. Nr. X.

9) L. 1. §. 2. D. *h. t.* L. 7. §. 9. 10. D. *de pact.* L. 43. §. 2. D. *de contr. emt.* — *Fr. Hotomani* observ. IV, 4. *Utr. Huber* Digress. Justin. IV, 25. *Noodt* l. l. c. II. — Wie verhalten sich die Begriffe dolus und fraus? S. darüber die L. 7. §. 10 D. *de pact.* („Sed si fraudandi causa pactum factum dicatur, nihil Praetor adjicit: Sed eleganter Labeo ait, hoc aut iniquum esse, aut supervacuum: iniquum, si, quod semel remisit creditor debitori suo bona fide, iterum hoc conetur destruere; supervacuum, si deceptus hoc fecerit: inest enim dolo et fraus ") Vgl. hierüber *Best* rat. emend. leg. III. §. 9 sqq. (Höpfner) Samml. d. röm. Gesetze ins Teutsche übersetzt (Frkf. 1785. 8.) S. 25. Auch meine Forts. des Glückschen Comment. Bd. 36. S. 80 fgg. Not. 72.

10) L. 16. §. 4. D. *de minor.* IV, 4. („Pomponius ait, in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.") L. 43. pr. D. *de contr. emt.* XVIII, 1. L. 19. pr. *de aedil. edict.* XXI, 1. L. 10. C. *de resc. vend.* IV, 44.

11) *Cic.* de off. III, 13.

12) L. 1. §. 2. L. 17. §. 20. L. 18. D. *de aedil. edicto.*

13) L. 43. §. 1. D. *de contr. emt.* L. 14. §. ult. L. 55. in f. *de aedil. edicto.*

14) *Cic.* de off. III, 16. in f. — L. 36. D. *h. t.*
15) S. insonderheit unten §. 164. 337. 510. 643. Nr. 2.

§. 95.

c) Irrthum und Unwissenheit *).

Irrthum und Unwissenheit unterscheiden sich so von einander, daß unter jenem eine falsche Vorstellung, unter diesem der Mangel aller, oder doch aller bestimmten Vorstellung von einer Sache verstanden wird. Da auf diesen Unterschied wesentlich nichts ankommt, wenn von dem rechtlichen Einflusse dieser Begriffe die Rede ist, so bedarf es für die folgende Darstellung auch keiner Unterscheidung der Ausdrücke. — Der Irrthum nun ist entweder ein juristischer oder ein factischer [1]). Unter letzterem verstehen wir jeden Irrthum, der sich nicht auf einen Rechtssatz (Gesetz, Recht im objectiven Sinne) bezieht. Es kann dies ein Irrthum über Personen und deren Qualitäten seyn [2]), über Sachen [3]), über das Daseyn oder Nichtdaseyn gewisser Befugnisse, über juristische Thatsachen, wobei denn der Unterschied zwischen eignen und fremden Handlungen besonders in Betracht kommt [4]). Was nun den Einfluß des Irrthums auf Rechtsverhältnisse anbetrifft, so bemerke man: I) Es giebt Fälle, wo Irrthum in der Regel [5]) gar nicht berücksichtigt wird, mithin die rechtlichen Wirkungen schlechthin nach dem, was geschehen oder unterlassen ist, zu bestimmen sind; namentlich a) wenn zur Begründung einer obligatio auf Einwilligung der Verpflichteten überall nichts ankommt [6]), b) beim Rechtsverlust durch Zeitablauf [7]), c) bei Erfüllung einer Natural-Obligation [8]), d) bei Handlungen gegen Präceptiv- und Prohibitiv-Gesetze [9]), e) bei blos vermeinten Verstößen wider Recht und Gesetz [10]). Umgekehrt II) ist Irrthum bisweilen eine wesentliche Bedingung der Begründung von Rechten, oder Entfernung von Nachtheilen; nämlich: wenn ein Rechtserwerb oder eine Exception auf bona fides beruht [11]), oder die Erfüllung einer Nichtschuld rückgängig gemacht werden soll [12]), so wie in einigen anderen Fällen [13]). Hiebei insonderheit wird denn oftmals die Frage wichtig: ob der Irrthum des Geschäftsführers oder des Geschäftsherrn in Betracht komme [14])? III) Viel häufiger aber sind die Fälle,

wo Irrthum zwar berücksichtigt wird, allein nicht immer, und nicht allemal auf gleiche Weise, wobei denn insonderheit in Betracht kommt: ob der Irrthum ein wesentlicher ist, oder nicht [15]), so wie, ob er verschuldet ist, oder nicht [16]). Darnach wird denn bald die Giltigkeit oder Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte [17]), bald die Verpflichtung zum Schadensersatz [18]), bald die Frage bestimmt: ob rechtliche Versäumnisse, Vernachlässigung positiver Vorschriften und Verstöße gegen dieselben verziehen werden könnten [19])? — Ueberhaupt aber bemerke man folgende allgemeine Regeln: a) ein Unmündiger kann sich in allen Fällen auf sein jugendliches Alter berufen, wo für Andere eine Berufung auf Irrthum gilt [20]); b) so oft die Frage entsteht: ob ein Irrthum Entschuldigung und Verzeihung verdient? ist der Unterschied zwischen juris und facti ignorantia von durchgreifender Bedeutung. Davon soll jetzt besonders gehandelt werden.

*) Dig. (XXII, 6.) et Cod. (I, 18.) *de juris et facti ignorantia.* — *H. Donelli* commentarii juris civ. Lib. I. cap. 17—23. — Gundling die schwere Lehre von dem Irrthum in der Rechtsgelahrtheit (Gundlingiana St. XXXII. Nr. I.). — Meine Abh. über juris und facti ignorantia und deren Einfluß auf Rechtsverhältnisse (Archiv für civilist. Praxis Bd. II. Nr. XXXV.). — v. Löhr Auszug aus einer Probeschrift (von Hermann) über die juris und facti ignorantia (Magaz. für Rechtswissensch. u. Gesetzgebung Bd. IV. Nr. IV.). [Die folg. Darstellung ist in Form und Anwendung etwas abweichend von d. doctr. Pand.]

1) L. 1. D. *h. t.* „— — — — Si quis nesciat, se cognatum esse, interdum in jure, interdum in facto errat: nam, si et liberum se esse, et ex quibus natus sit sciat, jura autem cognationis habere se nesciat, in jure errat. At si quis forte expositus, quorum parentum esset ignorat, fortasse et serviat alicui, putans se servum esse, in facto magis quam in jure errat. — — — —"

2) L. 9. D. *de hered. inst.* XXVIII, 5. — L. 3. pr. D. *de SCto Maced.* XIV, 6. L. 2. §. 15. 16. D. *pro emtore* XLI, 4. §. 4. I. *de vulg. substit.* — L. 96. D. *de a. v. o. h.* XXIX, 2.

3) L. 9. 57. 58. D. *de contr. emt.* XVIII, 1. — L. 16. pr. *eod.* — L. 62. §. 1. *eod.*

4) L. 3. pr. D. *h. t.* („Plurimum interest, utrum quis de alterius causa et facto non sciat, an de jure suo ignoret.") L. 5. in f. D. *pro suo* XLI, 10. („— quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est."). L. 42. D. *de reg. jur.* — Vgl. die Note 5. des folg. §.

5) Als Ausnahme kann man in Beziehung auf die Fälle unter *b* allenfalls die L. 6. D. *de calumn.* (III, 6.), in Beziehung auf die Fälle unter *d* die L. 57. §. 1. D. *de R. n.* (XXIII, 2.) und L. 4. C. *de inc. nupt.* V, 4. (s. Bd. III. §. 506. Note 5.) ansehen. Sonstige Milderungen und Einschränkungen des strengen Rechts in Ansehung der hier erwähnten Rechtsvorschriften sind unabhängig davon, ob Jemand sich in einem

Irrthume befunden habe, oder nicht, gehören also nicht hieher. S. meine Abhandl. S. 364 fg.

6) S. z. B. L. 1. pr. u. §. 3. D. *nautae, caupones, stabularii* etc. IV, 9. L. 1. pr. u. §. 4. L. 6. §. 2. D. *de his, qui effuder. vel dejec.* IX, 3. L. 56. D. *de re jud.* XLII, 1. — Vgl. meine Abh. §. 1. u. 2. S. 367 fgg.

7) L. 8. C. *de dolo malo* II, 21. L. 3. in f. C. *de praescript.* 30 *vel* 40 *annor.* VII, 39. — Vgl. die Note 5.

8) L. 19. pr. *de cond. ind.* Meine Abh. S. 369. Note 23.

9) L. 1. C. *de interd. matrim. inter pup. et tut.* V, 6.

10) L. 9. §. 4. D. *h. t.* („Qui ignoravit, dominum esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis, et ideo, tametsi existimet, se non a domino emere, tamen, si a domino ei tradatur, dominus efficitur.") L. 1. C. *de delator.* X, 11. — Uebr. vgl. L. 2. §. 15. D. *pro emtore* (Unterholzner von der Verjähr. durch fortgesetzten Besitz S. 152 fg.), L. 15. D. *de a. v. o. h.* XXIX, 2. („Is, qui putat se necessarium, cum sit voluntarius, non poterit repudiare: *nam plus est in opinione, quam in veritate.*") L. 14. 15. D. *qui test. fac. poss.* XXVIII, 1. („De statu suo dubitantes, vel errantes, testamentum facere non possunt.") Glück Pand. nach Hellfeld Bd. XXII. S. 285 fgg.

11) a) L. 209. D. *de V. S.* — L. 27. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) L. 7. §. 5. 6. D. *pro emtore.* (XLI, 4.). — b) L. 25. §. 6. D. *de her. pet.* (V, 3.) — Vgl. auch *Gaji* inst. I. §. 67 fgg.

12) L. 22. pr. L. 32. §. 1. 3. L. 54. D. *de cond. indeb.* (XII, 6.)

13) z. B. L. 16. §. 2. D. *de lib. causa.* (XL, 12.)

14) L. 51. D. *de aedil. ed.* (XXI, 1.). — L. 16. §. 3. D. de *lib. causa.* — L. 49. §. 2. D. *de a. v. o. p.* (XLI, 2.) L. 47. D. *de usurp.* XLI, 3.

15) L. 15. D. *de jurisd.* II, 1. („Non consentiunt, qui errant; quid enim tam contrarium consensui est, quam error. —") L. 2. pr. D. *de judic.* V, 1. — L. 20. D. *de aqua et aquae pluv. arc. act.* XXXIX, 3. („Nulla voluntas errantis est.") L. 4. 5. 8. 9. C. *h. t.*

16) Dies ist im Ganzen nach den gewöhnlichen Regeln über Culpa u. deren Ermittelung zu bestimmen. Doch wird die juris ignorantia in der Regel zur Schuld zugerechnet (s. den folg. §.), und eben so die ignor. facti proprii (ebendas. Note 5.). In gewissen Verhältnissen gehört es auch zu den besonderen Pflichten, die factischen Voraussetzungen eines Rechts genau zu erforschen u. zu erkennen. Vgl. L. 5. in f. D. *de. R. C.* (XII, 1.) L. 42. D. *de reg. jur.* — Vgl. Gundling a. a. O. §. 14. 16. 20 — 24.

17) Vgl. hierüber. L. 18. pr. D. *de reb. cred.* XII, 1. — L. 9. pr. u. §. 2. D. *de contr. emt.* — L. 58. *eod.* — L. 72. §. 6. D. *de condit. et demonstr.* XXXV, 1. — L. 35. *de acq. rer. domin.* XLI, 1. §. 4. I. *de legat.* L. 9. pr. *de hered. inst.* XXVIII, 5. — L. 22. D. *de a. v. o. h.* — c. un. C. XXIX. qu. 1.

18) Vgl. hiebei L. 13. pr. *de act. emti vend.* XIX, 1. L. 1. §. 2. D. *de aedil. edicto* XXI, 1.

19) M. s. hierüber den folg. §.

20) L. ult. D. *h. t.* („Impuberes sine tutore agentes nihil posse scire intelliguntur.") Glück a. a. O. S. 368 fgg.

§. 96.

Insbesondere: vom Unterschied zwischen juris und facti ignorantia.

Das Recht soll Jeder kennen (§. **50.** Note **1.**); Nichtkenntniß factischer Umstände dagegen kann an und für sich nicht zur Schuld zugerechnet werden [1]). Indessen stehen Rechts- und factischer Irrthum im Ganzen auf gleicher Stufe, sowohl, wenn die Frage entsteht: ob freie Einwilligung vorhanden sei, oder nicht? (§. **95.** Note **15.**), als auch, wenn man nur damit umgeht, einen unbilligen Schaden von sich abzuwenden [2]). Auch wird der Rechtsirrthum so gut wie der factische verziehen, wenn keine Möglichkeit vorhanden war, über einen positiven Rechtssatz Belehrung zu erhalten [3]), und umgekehrt kann man sich auf factischen Irrthum nie berufen, wenn man ihn durch auffallende Nachlässigkeit und Unachtsamkeit verschuldete [4]), in der Regel auch nicht, wenn von einem Irrthum über eigne Handlungen die Rede ist [5]), oder nach den besonderen Verhältnissen die Kenntniß thatsächlicher Umstände zur Pflicht des Irrenden gehört (§. **95.** Note **16** a. E.). Abgesehen aber von diesen Fällen tritt allenthalben, wo überhaupt der Irrthum berücksichtiget wird (s. §. **96.** Nr. I.), der Unterschied hervor zwischen juris und facti ignorantia, d. h. dieser wird verziehen, nicht aber jener, und zwar **1**) beim Rechtserwerb [6]), nämlich bei der Ersitzung [7]), der Erwerbung einer Erbschaft [8]), der Begründung eines Forderungsrechts [9]), so wie in den Fällen, wenn ein Erbe, verleitet durch seine Unbekanntschaft mit dem Gesetz, testamentarische Dispositionen ohne Rechtsverbindlichkeit erfüllt [10]). Ferner **2**) bei Versäumnissen im Prozeß [11]) so wie überhaupt bei unrichtigem Gebrauch rechtlicher Schutzmittel [11 a]), endlich **3**) bei der Uebertretung positiver Strafgesetze [12]). — Manche Personen dürfen sich indessen auch auf Rechtsunwissenheit berufen [13]), und zwar Minderjährige ganz allgemein, wenn sie nur nicht in dolo sind [14]), Andere für besonders bestimmte Fälle, nämlich Frauen [15]), Soldaten [16]), und diejenigen Personen, auf welche das Prädicat der Rusticität paßt, d. h. hier der präsumtiven Rechtsunwissenheit wegen geistiger Schwäche, mangelnder Erziehung und einförmiger Lebensweise [17]).

1) L. 2. D. *h. t.*

2) S. §. 95. Note 12 u. vgl. folg. Stellen: L. 206. D. *de reg. jur.* L. 15. D. *de cond. ind.* XII, 6. L. 7. D. *h. t.* („Juris ignorantia suum petentibus non nocet.") L. 8. in f. *eod.* („Omnibus juris error in damnis rei suae amittendae non nocet.") L. 16. §. 2. D. *de minor.* IV, 4. L. 20. pr. *fam. ercisc.* X, 2. L. 38. D. *de cond. indeb.* L. 10. C. *eod.* IV, 5. L. 79. D. *de leg.* II. L. 1. pr. D. *ut in poss. legator.* XXXVI, 4. L. 16. §. 14. *de publicanis* XXXIX, 4. — Indessen unterscheiden fast alle Juristen bei der Möglichkeit, die indebiti cond. anzustellen, zwischen jur. u. facti ignor., wegen L. 10. C. *h. t.* Vgl. hierüber unten Bd. II. §. 380. Note 8.

3) L. 9. §. 3. *h. t.* („Quod raro accipiendum est"). L. 10. D. *de bon. poss.* XXXVII, 1.

4) Sie wird in unseren Rechtsquellen auch bezeichnet als: supina ignorantia, negligentia crassa, ignorantia deperditi, nimium securi hominis. L. 3. §. 1. L. 6. 9. §. 2. D. *h. t.* — Vgl. L. 11. §. 3. D. *de inst. act.* XIV, 3.

5) L. 3. pr. L. 5. D. *h. t.* (Vgl. *Heineccius* ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. c. 6. §. 2. u. Glück a. a. O. S. 309 fgg.) — L. 7. D. *ad SCt. Vellej.* XVI, 1. L. 5. §. 1. D. *pro suo* XLI, 10. — *C. L. Crell* (resp. *Peckold*) D. de ignorantia facti proprii interdum innocua. Vitemb. 1741. 4.

6) L. 7. D. *h. t.* („Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet.") L. 8. *eod.*

7) L. 4. D. *h. t.* L. 31. D. *de usurp.* XLI, 3. L. 2. §. 15. D. *pro emt.* XLI, 4. — Vgl. L. 1. §. 10. D. *de aqua quot. et aest.* XLIII, 20.

8) L. §. 1. 3. 4. D. *h. t.* L. 9. §. 1. *eod.*

9) L. 3. pr. D. *ad SCt. Mac.* XIV, 6. L. 8. §. 2. D. *qui satisdare cogantur* II, 8. — Vgl. meine Abh. S. 390 fgg.

10) L. 9. §. 5. D. *h. t.* „Si quis jus ignorans lege Falcidia usus non sit, nocere ei dicit epistola D. Pii. — — — Quodsi ideo repetitionem ejus pecuniae habere credunt, quod imperitia lapsi legis Falcidiae beneficio usi non sunt: *sciant, ignorantiam facti, non juris prodesse, nec stultis solere succurri, sed errantibus.*") L. 2. C. *de fideicommissis* VI, 42. (Vgl. L. 2. C. *si adv. solut.* II, 33. L. 7. C *de cond. ind.* IV, 5). — Meine Abh. §. 5. S. 392—395.

11) L. 2. D. *de confessis* XLII, 2. („Non fatetur, qui errat, nisi jus ignoravit") und vgl. L. 1. C. *h. t.* — Meine Abh. §. 5. B. S. 391—92.

11 a) L. 29. pr. u. §. 1. D. *mandati* (XVII, 1.).

12) L. 1. D. *de legib.* („— — delictorum, quae sponte *vel ignorantia* contrahuntur, coërcitio.") L. 11. §. 4. D. *de his, qui not. infamia* III, 2. („Notatur etiam, qui eam duxit, sed si sciens: ignorantia enim excusatur, *non juris, sed facti.*") L. 15. pr. D. *de lege Cornelia de falsis* XLVIII, 10. L. 16. §. 5. *de publ.* XXXIX, 4.

13) Vgl. über diesen Gegenstand Hufeland civilist. Abhandl. I. Nr. V. Löhr a. a. O. S. 50 fgg. Meine Abh. S. 432 fgg.

14) L. 9. pr. D. *h. t.* L. 7. §. 6. D. *de minor.* IV, 4. L. 2. C. *si adv. solut.* II, 33. L. 7. D. §. 11. 12. L. 8. D. *de minor.* Tit. Cod. *si adv. rem jud.* II, 27. — L. 9. §. 5. *de minor.* L. 38. §. 4. D. *ad leg. Jul. de adult.* XLVIII, 5.

15) L. 3. C. Th. *de integri restit.* II, 16. L. 9. pr. D. *h. t.* L. ult. C. *h. t.* L. 8. D. *h. t.* L. 11. C. *h. t.* L. 6. C. *qui admitti ad b. p.*

poss. VI, 9. — L. 2. §. 7. *de jure fisci* XLIX, 14. L. 8. §. 2. in f. *qui satisd. cog.* II, 8. — L. 2. §. 1. D. *de inspic. ventre* XXV, 4. L. 15. §. 5. D. *de lege Corn. de fals.* XLVIII, 10. L. 38. §. 2. *ad leg. Jul. de adulter.*

16) L. 9. §. 1. D. *h. t.* — L. 1. C. *h. t.* — L. 5. C. *de his, qui sibi adscr. in test.* IX, 23. L. 4. in f. D. *de re milit.* XLIX, 16.

17) L. 8. C. *qui admitti ad b. p. poss.* — L. 2. §. 1. D. *si quis in jus voc. non ierit* II, 5. L. 2. §. 7. D. *de jure fisci.* L. 1. §. 5. D. *de edendo* II, 13.

§. 97.

3) Wahrhafte oder ernstliche Willensmeinung.

Eine Aeußerung hat keine rechtliche Folgen, wenn sie blos zum Scherz (versteht sich ohne Jemandes Beleidigung) geschieht [1]), oder zum Schein [2]), vorausgesetzt, daß damit keine rechtswidrige Täuschung Dritter verbunden ist [3]). Wird ein Geschäft zwar ernstlich gewollt, aber hinter einem blos fingirten versteckt, so gilt dieses natürlich nicht, wohl aber jenes [4]), vorausgesetzt, daß es nicht an den rechtlichen Bedingungen seiner Giltigkeit fehlt [5]). Verschieden davon sind die Simulationen, welche als bloße Form (dicis causa) angewandt zu werden pflegten, um gewisse an sich rechtlich erlaubte, aber durch die strenge Consequenz des alten Civilrechts ausgeschlossene Folgen zu begründen [6]).

1) L. 3. in f. D. *de O. et A.* „— nec enim si per jocum — ego tibi dixero: spondes? et tu respondeas: spondeo, nascetur obligatio."

2) L. 55. D. *de contr. emt.* XVIII, 1. („Nuda et imaginaria venditio pro non facta est.") L. 12. D. *de aq. et aq. pluv. arc. act.* XXXIX, 3. L. 54. D. *de O. et A.* („Contractus imaginarii — juris vinculum non obtinent, cum fides facti simulatur, non intercedente veritate.") L. 21. C. *de transactionib.* II, 4. — *Henr. Cocceji* D. de simulatione. Frcf. 1693. 4.

3) L. 49. pr. D. *de act. emt. vend.* XIX, 1. — *Leyser* meditt. ad Pand. sp. 42. med. 5.

4) Tit. Cod. *Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur* IV, 22. — L. 46. D. *locati* XIX, 2. L. 6. D. *pro donato* XLI, 6. L. 3. 9. C. *de contr. emt.* IV, 38.

5) L. 38. D. *de contr. emt.* XVIII, 1. L. 5. §. 5. L. 7. §. 6. L. 31. §. 4. 5. D. *de donat. int. V. et U.* XXIV, 1. L. 3. C. *de postulando* II, 6.

6) L. 66. D. *de jure dotium* XXIII, 4. „Si ususfructus fundi, cujus proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum jus mulieri: quoniam diximus usumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur, id est, ei,

qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum: Quidam ergo, remedii loco, recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usumfructum mulieri maritus, *vel vendat nummo uno*, ut ipsum quidem jus remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat." — *Jac. Constantinaei* subtilium enodation. Lib. I. c. 15. (*Otto* thesaur. IV. p. 508 sqq.). *de Water* observ. jur. rom. (Traj. Bat. 1713. 4.) Lib. III. c. 13.

§. 98.

II) Von der Willenserklärung selbst.

Zu der Willensrichtung muß etwas hinzutreten, woraus mit Sicherheit erkannt werden kann, daß der Wille zur That geworden sei [1]). Diese Willensäußerung nun geschieht entweder durch eine körperliche Handlung (z. B. Besitzergreifung, Verübung eines Verbrechens), oder durch bloße Erklärung, welche entweder eine ausdrückliche oder eine stillschweigende seyn kann. Jene kann bald durch Worte (mündlich oder schriftlich) ausgedrückt werden [2]), bald durch Zeichen, welche die Bedeutung von Worten haben [3]). Die stillschweigende Einwilligung wird allemal durch Schlußfolgerungen aus anderen Aeußerungen oder Handlungen vermittelt, woraus entweder mit logischer Nothwendigkeit, oder wenigstens mit der Sicherheit, welche zu einem juristischen Beweise erforderlich ist, die Zustimmung folgt [4]). Bisweilen rechtfertigt sogar schon das bloße Stillschweigen dessen, welcher bei einer Handlung interessirt ist, eine solche Schlußfolgerung [5]), was jedoch nur unter großen Einschränkungen gilt [6]). Führt der Schluß nur zu einer, auch für den juristischen Beweis nicht genügenden Wahrscheinlichkeit, so spricht man von einem consensus praesumtus, dessen Vorhandenseyn Den, welcher sich darauf stützt, vom Beweise nur befreit, wenn er die Eigenschaft einer gesetzlichen Vermuthung hat [7]). Ist aber auch der Beweis des Gegentheils nicht einmal zuzulassen, so pflegt man den vermutheten Consens, wiewohl sehr uneigentlich, einen consensus fictus zu nennen [8]).

1) L. 53. in f. *de V. S.* („— nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum sit.") L. 18. D. *de poenis* XLVIII, 19. „Cogitationis poenam nemo patitur." Nicht entgegenstehend ist L. 14. D. *ad leg. Cornel. de sicariis* XLVIII, 8. („in maleficiis voluntas spe-

ctatur, non exitus.") Wie dies zu verstehen sei, ergiebt sich aus der L. 1. u. 5. C. *de sicariis* (IX, 16.). Vgl. Welcker Recht, Staat u. Strafe S. 553 fgg.

2) L. 38. *de O. et A.* XLIV, 7. („Non figurâ litterarum, sed oratione, quam exprimunt litterae, obligamur: quatenus placuit, non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur.") L. 4. D. *de fide instrum.* XXII, 4. („— fiunt enim de his scripturae, ut, quod actum est, per eas facilius probari possit; et sine his valet, quod actum est, si habeat probationem: sicut et nuptiae sunt, licet testatio sine scriptis habita est.") L. 5. *eod.*

3) L. 21. pr. D. *de leg.* 3. L. 1. §. 3. D. *de adsign. lib.* XXXVIII, 4. L. 45. in fin. D. *de O. et A.* XLIV, 7. L. 17. D. *de novat.* XLVI, 2.

4) L. 32. §. 1. D. *de legib.* L. 2. in f. L. 56 pr. D. *de pact.* II, 14. L. 95. D. *de a. v. o. h.* XXIX, 2. L. 37. pr. D. *ad Sct. Treb.* XXXVI, 1. L. 5. D. *ratam rem haberi* XLVI, 8. L. 7. C. *de remiss. pign.* VIII, 26. — Uebrigens kann man auch gegen solche Schlußfolgerungen protestiren, vgl. L. 14. §. 7. 8. D. *de relig.* XI, 7. L. 4. §. 1. D. *quib. mod. pign. solv.* XX, 6., falls dies keine protestatio facto contraria seyn würde, wie in den Fällen, wovon L. 56. pr. D. *de pactis* u. L. 5. D. *rat. rem haberi* handeln.

5) S. L. 142. D. *de reg. jur.* („Qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare.") — c. 43. *de reg. jur.* in 6to. („Qui tacet, consentire videtur.") — L. 12. pr. D. *de sponsalib.* XXIII, 1.

6) *H. Brokes* D. de silentio consensum non inferente. Vitemb. 1734. 4. *Henr. Coccji* D. de silentio. Hal. 1750. 4. — *P. Bondam* (resp. *L. G. Snethlage*) D. de consensu tacito ex silentio. Harderov. 1764. 4. Glück Pand. nach Hellfeld IV. §. 289. — *C. S. Zachariae* lib. quaestion. IV, 22. §. 2. 3. — Vgl. auch den folg. §. Note 3.

7) L. 35. pr. L. 40. §. 4. D. *de proc.* III, 3. L. 33. §. 2. D. *de leg.* III. („Cum Sejus pro uxore centum aureos creditori solverit, et ornamentum pignori positum luerit, postea autem testamento facto uxori suae legavit, quidquid ad eum, inve stipulatum ejus concessit, et hoc amplius vicenos aureos annuos: Quaesitum est, an hos centum aureos heredes viri ab uxore, vel ab heredibus ejus repetant? Respondit, si donationis causa creditori solvisset, teneri heredes ex causa fideicommissi, si repetant, atque etiam petentes exceptione summoveri. *Quod praesumtum esse debet, nisi contrarium ab herede approbetur.*" S. insonderheit die Glosse zu dieser Stelle, von welcher abweicht Westphal von Vermächtnissen I. §. 158.) — Uebrigens werden gewöhnlich die Begriffe, von denen hier die Rede ist, anders bestimmt; s. z. B. von *F. G. Lautensack* D. de accurato discrimine inter consensum expressum, tacitum et praesumtum (Erf. 1710. 4.) u. *Hofacker* princ. jur. civ. rom. germ. I. §. 183. 184.

8) *Hofacker* l. l. §. 185. Seuffert Lehrb. d. Pandektenrechts. §. 72. a. E. Beispielsweise pflegt man sich zu berufen auf die L. 2. §. 2. D. *sol. matr.* XXIV, 3., und auf L. 4. pr. et L. 7. pr. D. *in quib. caus. pign. tac. contr.* XX, 2. S. auch Weber von der nat. Verb. §. 24. Note 4—6., und unten §. 146. Nr. 3.

§. 99.

Insbesondere a) vom Einfluß eines fremden Willens auf Jemandes Handlungen.

Wenn etwas auf Veranlassung oder doch mit dem Willen eines Anderen geschieht, so kann die rechtliche Wirkung sich entweder auf Beide beziehen [1]), oder nur auf einen [2]), oder das Geschehene ist rechtlich ganz wirkungslos [3]). Uebrigens ist zur Giltigkeit und Wirksamkeit einer Handlung bisweilen die Zustimmung Anderer erforderlich; die Gründe davon können seyn: Abhängigkeit des Handelnden von Eltern oder Vormündern, so wie das rechtliche Interesse einer anderen Person, z. B. eines Miteigenthümers, Pfandgläubigers u. s. w. Hierüber nun lassen sich folgende Regeln geben, (welche freilich zum Theil nur die Anwendung der Grundsätze über stillschweigende Willenserklärung enthalten): **1)** wenn Jemand wissentlich das geschehen läßt, wobei er ein Widerspruchsrecht hätte, oder, durch den Handelnden von dem Geschehenen benachrichtigt, nicht sofort Einspruch thut, so wird angenommen, daß er eingewilligt habe [4]); nur insofern die Handlung der Einwilligung selbst eine gewisse Form erfordert, kann natürlich diese Schlußfolgerung nicht zur Anwendung kommen [5]). In einem Falle wird indessen die Einwilligung schon angenommen, wenn die Benachrichtigung auch nicht von dem Handelnden selbst erfolgt ist, sondern der Betheiligte durch irgend einen Zufall Kunde von der Sache erhält [6]). **2)** Wer eine Urkunde unterzeichnet, möge ihr Inhalt ihn selbst, oder einen Dritten betreffen, der wird als zustimmend betrachtet, vorausgesetzt, daß er bei der Handlung, worauf sich die Urkunde bezieht, ein eignes Interesse und ein Widerspruchsrecht hat [7]). **3)** Wer stillschweigend oder ausdrücklich seine Zustimmung an den Tag legt, hat dadurch die Handlung mit allen ihren rechtlichen Folgen genehmigt, und darf nicht hinterher noch Einschränkungen machen [8]). **4)** Uebrigens ist die Einwilligung wirkungslos, wenn nicht die Handlung auf die Art, wie vorausgesetzt oder verabredet wurde, erfolgt ist [9]).

1) L. 1. §. 13. et L. 3. §. 10. D. *de vi* XLIII, 16. L. 11. §. 3—6. D. *de injur.* XLVII, 10. L. 15. D. *ad leg. Cornel. de sicar.* XLVIII, 8. L. 5. C. *de accusationib.* IX, 2. — Vgl. auch die folg. Note.

2) Z. B. L. 53. D. *de adquir. rer. domin.* XLI, 1. — Jedoch bezieht sich die Wirkung der durch einen Stellvertreter contrahirten Obligatio in gewisser Hinsicht ebenfalls auf Beide, auf den Handelnden selbst und auf den Principal.

3) L. 123. pr. D. *de reg. jur.* L. 90. pr. *de a. v. o. h.* XXIX, 2. L. 3. C. *de vind. lib. et ap. concil. manum.* VII, 1.

4) L. 1. §. 5. D. *de exercit. act.* XIV, 1. L. 16. D. *de Scto Maced.* XIV, 6. L. 6. §. 2. L. 53. D. *mandati* XVII, 1. L. 12. D. *de evict.* XXI, 2, L. 7. §. 1. D. *de sponsalib.* XXIII, 1. L. 6. C. *de remiss. pignor.* VIII, 26. Nov. 123. c. 17.

5) S. z. B. L. 2. L. 9. §. 5. D. *de auct. tut.* XXVI, 8.

6) L. 5. C. *de nupt.* V, 4.

7) L. 1. §. 4. D. *quod jussu* XV, 4. L. 26. §. 1. D. *de pignor.* XX, 1. L. 8. §. 15. L. 9. in f. D. *quib. m. pign. v. hyp. solv.* XX, 6. — Es steht auch nicht entgegen die L. 39. in f. D. *de pign. act.* XIII, 7. („Herennius Modestinus respondit, contractui pignoris non obesse, quod debitor testamentum creditoris, in quo se emisse pignus expressit, signasse proponitur.") E. C. Westphal Versuch einer systemat. Erläuterung d. röm. Gesetze vom Pfandr. §. 15. Note 29.

8) L. 1. §. 2. D. *de exc. rei vend. et trad.* XXI, 3. L. 11. D. *si quid in fraud. patr. fact. sit* XXXVIII, 5. L. 4. §. 12. D. *de doli mali et met. exc.* XLIV, 4. L. 11. C. *de fideic.* VI, 42. — Vgl. L. 4. §. 1. D. *quib. mod. pign. v. hyp. solv.* XX, 6. „Si in venditione pignoris consenserit creditor, vel, ut debitor hanc rem permutet, vel donet, vel in dotem det, dicendum erit pignus liberari: *nisi salva causa pignoris sui consentit.*"

9) L. 4. §. 2. D. *quib. m. pign. v. hyp. solv.* XX, 6.

§. 100.

b) Von der Genehmhaltung (Ratihabition) *).

Seine Einwilligung kann man vor einer Handlung an den Tag legen, oder bei derselben, oder hinterher; dies ist die Genehmigung im e. S. oder Ratihabition. Sie kann nicht blos auf fremde, sondern auch auf eigne Handlungen gerichtet seyn [1]), ferner auf unerlaubte Handlungen eben sowohl, als auf erlaubte [2]). In der Regel hat sie rückwirkende Kraft [3]), außer insofern a) die zur Frage stehende Handlung nach Prohibitiv-Gesetzen, deren Grund aber später weggefallen ist, nicht bestehen konnte [4]), oder b) die Ratihabition erst nach der Zeit erfolgt, binnen welcher eine Handlung geschehen soll [5]), oder c) zu einer Zeit, wo das Geschäft mit seinen wesentlichen Folgen schon in der Vergangenheit liegt [6]), oder d) die Einwilligung nur unter einer bestimmten Form geschehen kann,

in welchem Falle sie weder zurückwirkt, auch wenn die genehmigte Handlung selbst in der vorgeschriebenen Form geschehen war, noch für die Zukunft Wirkungen erzeugt, falls nicht jetzt noch die Form beobachtet wird [7]). Uebrigens kann die Ratihabition auch stillschweigend an den Tag gelegt werden [8]), wobei sich denn ganz von selbst versteht, daß eine solche Ratihabition nicht mehr Wirkungen haben kann, als die ausdrückliche [9]).

*) *C. Ziegler* D. de ratihabitione ejusque effectu juris. Vit. 1670. 4. — G. Hufeland über den eigenthüml. Geist des röm. Rechts (civilist. Abh.) Th. I. Nr. IV. S. 297 fgg.

1) L. 7. §. 16. D. *ad Sct. Mac.* XIV. L. 2. C. *eod.* IV, 28. — L. 25. C. *de don. int. V. et U.* V, 16.

2) L. 152. §. 2. D. *de reg. jur.* („In maleficio ratihabitio mandato comparatur.") L. 1. §. 14. D. *de vi et vi armata* XLIII, 16. — L. 2. 4. C. *de his, quae vi metusve causa gesta sunt* II, 20. — Vgl. *Leyser* meditt. ad Pand. sp. 504. med. 13.

3) L. 56. D. *de judic.* V, 1. L. 16. §. 1. D. *de pign. et hyp.* XX, 1. L. 12. §. 4. D. *de solut.* XLVI, 3. („— ratihabitio mandato comparatur.") L. 71. §. 1. 2. *eod.* L. 7. pr. C. *ad Sct. Maced.* IV, 28. („— veterum ambiguitates decidentes, sancimus, quemadmodum, si ab initio voluntate patris, vel mandatu, filiusfamilias pecuniam creditam accepisset, obnoxius firmiter constitueretur, ita et, si postea ratum pater habuerit contractum, validum esse hujusmodi contractum.") — L. 25. C. *de don. int. V. et U.* V, 16. („— sicut et alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt.") c. 10. *de reg. jur.* in 6to.

4) L. 4. §. 6. D. *de offic. proc.* I, 16. L. 27. L. 65. §. 1. D. *de ritu nupt.* XXIII, 2. — *Ziegler* l. l. §. 14. — Weber von d. nat. Verbindl. §. 127. — Fritz zu Wenings Lehrb. S. 204.

5) L. 24. pr. D. *ratam rem haberi* XLVI, 8. („Bonorum possessionem ab alio agnitam ratam haberi oportet eo tempore, quo adhuc in ea causa sit, ut peti possit. Itaque post centesimum diem rata haberi non potest.")

6) L. 20. §. 1. D. *mandati* XVII, 1. L. 9. in f. *de negot. gest.* III, 5. L. 3. C. *de rei vind.* III, 32. L. 20. C. *fam. ercisc.* III, 36. — Vgl. mit L. 60. D. *de reg. jur.* — Vgl. Thibaut Versuche II, 10. (in der zweiten Aufl. mit theilweise geänderter Ansicht). *C. T. Welcker* Diss. interpret. exhib. L. 9. *de negot. gest.* juncta L. 60. *de R. j.* Giefs. 1813.

7) L. 9. §. 5. D. *de auct. tut.* XXVI, 8. („Tutor statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri: *post* tempus — interposita ejus auctoritas nihil agit.") — S. übrigens die Note 9.

8) L. 1. §. 5. D. *de exerc. act.* XIV, 1. L. 16. D. *ad Sct. Maced.* XIV, 6. L. 65. §. 1. D. *de ritu nupt.* XXIII, 2.

9) L. 25. C. *de don. int. V. et U.* V, 16. — Nach einer singulären Bestimmung eben dieser Stelle soll aber in einem Falle die ausdrückliche Ratihabition mehr Wirkungen haben, als die stillschweigende. S. Hufeland a. a. O. S. 302. 303. u. S. 320. 321.

§. 101.

Insbesondere von Rechtsgeschäften.

I) Haupteintheilungen derselben.

Rechtsgeschäfte sind Handlungen, welche zum Zweck der Begründung, Aenderung oder Aufhebung von Rechten erlaubter Weise und in der gehörigen Form erfolgen. Die sich auf Privatrechtsverhältnisse beziehenden Rechtsgeschäfte lassen sich nach einem dreifachen Princip eintheilen. I) Nach ihrer Rechtsquelle sind sie entweder civilrechtliche, oder allgemeinrechtliche. Unter jenen zeichneten sich die altförmlichen Geschäfte aus, die weder eine Einschränkung durch Bedingung und Zeitbestimmung, noch eine Stellvertretung zuließen [1]), und zu diesen gehörten denn auch die legis actiones, sowol in ihrer ursprünglichen Bedeutung [2]), als auch in der Anwendung des Begriffs auf die in jure cessio [3]). II) Nach Zweck und Gegenstand kann man einen zwiefachen Gegensatz unterscheiden: a) die Geschäfte unter Lebenden [4]) und die auf den Todesfall [4a]), — s. g. letztwillige Verfügungen, welche, wenigstens nach Röm. Recht, einseitig von dem Disponenten wieder aufgerufen werden können [5]); b) die lucrativen im Gegensatz der onerosen Geschäfte [6]), zwischen welchen noch einzelne gewissermaßen in der Mitte stehen [7]). III) Nach den hauptsächlich handelnden Personen endlich kann man die mehrseitigen Geschäfte (Verträge) und die einseitigen (Testamente) unterscheiden [8]).

1) L. 77. D. *de reg. jur.* („Actus legitimi, qui [non] recipiunt diem, vel conditionem, velut mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem.") L. 123. pr. *eod.* („Nemo alieno nomine lege agere potest.") — Dirksen Beitr. zur Kunde d. R. R. (Leipz. 1825.) Nr. IV. S. 221 fgg. — L. 51. §. 2. L. 90. pr. D. *de a. v. o. h.* XXIX, 2. L. 17. §. 1. D. *de appell.* XLIX, 1. L. 13. §. 10. D. *de acceptil.* XLVI, 4.

2) *Gaji* instit. IV. §. 10 sqq. *Ulpiani* Fr. XI. §. 24. 27. L. 2. §. 6. u. 38. D. *de O. J.* I, 2. — Vat. Fr. §. 49.

3) *Gaji* instit. II. §. 24. — Vgl. auch L. 4. D. *de adopt.* I, 7. („Magistratum, *apud quem legis actio est*, et emancipare filios suos, et in adoptionem dare apud se posse, Neratii sententia est.") L. 3. D. *de off. proc.* I, 16. („Nec adoptare potest: *omnino enim non est apud eum legis actio.*") L. 1. C. *de adopt.* VIII, 48. („— non nisi apud eum, *apud quem plena legis actio est.* —") — Vgl. *F. G. Pestel* de natura legis actionum. Rintel 1748. 4. *C. H. Breuning* (resp. *Koepping*) dubia circa varias legis actionum actuumque

legitimorum interpretationes. Lips. 1775. 4. Höpfner von den legis actionibus und actib. legitimis (hinter dem Instit. Commentar). Dirkſen a. a. O. Zimmern R. G. §. 116. Schilling Bemerk. üb. röm. R. G. S. 87 fgg. Note 209. 210.

4) Dieſe, allerdings etwas ſonderbare, Benennung findet ſich auch im R. R. angewandt: L. 1. pr. D. *de adsignand. libert.* XXXVIII, 4. („— qui eum eamve manumisit *inter vivos, vel testamento.*" —)

4a) L. 27. D. *de mort. c. donat.* XXXIX, 6.

5) Ausgenommene Fälle ſ. in L. 13. in f. L. 35. §. 4. in f. *de mort. c. don.* Nov. 78. pr. und c. 1.

6) L. 13. §. 15. D. *de a. e. v.* XIX, 1. L. 4. §. 14. D. *de manumiss.* XL, 1. — §. 6. I. *de legat.* („Traditum est, duas *lucrativas causas* in eundem hominem, et in eandem rem concurrere non posse.") L. 17. D. *de O. et A.* XLIV, 7. — L. 4. §. 29. D. *de d. m. et m. exc.* XLIV, 4. („Si quis ex causa legati vindicet, aut is, cui ex causa donationis res praestita est, an de dolo exceptionem patiatur ex causa ejus, in cuius locum successerit? Et magis putat Pomponius summovendum, et ego *puto exceptione eos esse repellendos, cum lucrativam causam sint nancti.* Aliud est enim emere, aliud ex his causis succedere.") Vgl. §. 31. dieſelbe Stelle.) — L. 6. §. 11. D. *quae in fraud. cred.* XLII, 8. L. un. C. *de imponenda lucrativa descriptione* X, 35.

7) L. 25. §. 1. D. *quae in fraud. cred.* XLII, 8. — L. un. C. *de imp. lucr. descr.* — L. 8. §. 13. D. *quib. m. pign. solv.* XX, 6. — S. überh. J. C. Haſſe das Güterrecht d. Ehegatten I. §. 110—114.

8) Uebr. ſ. m. *Gaji* instit. II. §. 105. („— quia propter veteris juris imitationem totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiae emtorem agi et testatorem." —) u. §. 10. I. *de testam. ordin.*

§. 102.

II) Erforderniſſe der Rechtsgeſchäfte, 1) nach allgemein-rechtlichen Vorausſetzungen.

Bei jedem Rechtsgeſchäft kommen die handelnden Subjecte, die Objecte und die Willenserklärung in Betracht. Für die erſteren wird Willensfähigkeit, Rechtsfähigkeit und Dispositionsbefugniß erfordert, damit das Geſchäft zu Recht beſtehe[1]). Das Object muß im privatrechtlichen Verkehr ſeyn[2]), und dem Verfügungsrecht der handelnden Perſon unterworfen[3]), die Willenserklärung muß frei, ernſtlich gemeint, vollſtändig[4]) und deutlich ausgedrückt ſeyn. Daß die Perſonen und Sachen mit ihren eigenthümlichen Namen bezeichnet ſeien, iſt freilich nicht erforderlich, ſondern eine deutliche Beſchreibung (demonstratio) gilt eben ſoviel. Ja ſelbſt eine unrichtige Beſchreibung iſt unſchädlich (falsa demonstratio

non nocet), sobald nur die Willensmeinung selbst nicht zweifelhaft ist [5]).

1) §. 10. I. *de inutil. stipul.* L. 3. C. *de i. i. r. min.* II, 22. L. 2. C. *de contr. emt.* IV, 38. — L. 8. §. 1. 2. D. *qui test. fac. poss.* XXVIII, 1.

2) Vgl. Bd. II. §. 213. u. L. 34. §. 1. D. *de contr. emt.* XVIII, 1.

3) Tit. C. *de reb. alienis non alienand.* IV, 51. — L. 65. in f. D. *de fidej.* XLVI, 1. — Vgl. übrigens §. 4. I. *de legat.* L. 28. D. *de contr. emt.* XVIII, 1. L. 5. D. *de duob. reb.* XLV, 2. L. 6. C. *si aliena res pign. data sit* VIII, 16.

4) L. 29. pr. D. *qui test. fac. poss.* XXVIII, 1. L. 1. in f. D. *de her. inst.* XXVIII, 5. L. 55. D. *de O. et A.* XLIV, 7.

5) L. 34. pr. D. *de cond. et demonstr.* XXXV, 1. („nam demonstratio plerumque vice nominis fungitur: nec interest, falsa an vera sit, si certum sit, quam testator demonstraverit.") L. 17. §. 1. *eod.* („Si ita servus legatus sit: Stichum coquum, Stichum sutorem Titio lego: licet neque coquus, neque sutor sit, ad legatarium pertinebit, si de eo sensisse testatorem conveniat.")

§. 103.

2) Nach positiven Rechtsvorschriften.

Außer diesen gemeinrechtlichen Erfordernissen der Rechtsgeschäfte kommen auch noch gewisse Formen vor, die ihren Grund in besonderen Bestimmungen des positiven Rechts haben, als: der Gebrauch von Formeln [6]), die Zuziehung von Zeugen oder Notarien [7]), schriftliche Aufzeichnung, landesherrliche, obrigkeitliche oder richterliche Bestätigung [8]). Zeugen gehören entweder zur Rechtsform bei dem Geschäfte [9]) (Solennitäts-Zeugen), in welchem Falle sie männlichen Geschlechts seyn müssen [10]), oder sie dienen blos zum Beweise des Geschehenen (s. unten §. 148. Nr. I.). Auch schriftliche Aufzeichnung ist bald eine nothwendige Rechtsform, bald erfolgt sie nur des künftigen Beweises halber [11]). Obrigkeitliche oder richterliche Bestätigung kann einen dreifachen Zweck haben: entweder um dem Geschäft seine Form und sein rechtliches Daseyn zu geben [12]), oder ihm mehr Wirkung zu verschaffen, als es sonst haben würde [13]), oder des besseren Beweises halber [14]). Zu welchem Zweck sie aber auch geschehe, immer kann sie wesentliche Mängel des Geschäfts nicht heilen [15]). Uebrigens ist in dem ersten Falle bisweilen eine eigentliche causae cognitio erforderlich, von deren Ergebniß die Bestätigung abhängt [16]). In allen

Fällen aber, wo eine bestimmte Rechtsform gesetzlich vorgeschrieben, oder freiwillig beliebt ist, hat das Geschäft vor der Vollziehung der Form nach Röm. Recht noch gar keine rechtliche Wirkung [17]).

6) *Gaji* instit. II. §. 117. 166. III. §. 92 sqq. — Vgl. übrigens L. 15. C. *de test.* VI, 23. §. 7. I. *de hered. qual. et differentia.* §. 1. I. *de V. O.* L. 1. §. 2. D. *eod.* XLV, 1. L. 10. C. *de contr. v. committ. stipul.* VIII, 38. L. 1. C. *de formulis sublatis* II, 58.

7) *Brisson.* de V. S. v. *tabellio* et *tabularius*; u. v. Savigny Gesch. d. röm. Rechts im Mittelalter I. S. 48. 49.

8) S. unten die Noten 12. u. 13. L. 2. pr. D. *de offic. proc.* I, 16. („Proconsules statim, quam urbem egressi fuerint, habent *jurisdictionem*, non contentiosam, sed *voluntariam*. v. Savigny a. a. O. S. 81 fgg.) S. auch L. 2. u. 8. C. *de fer.* III, 12. — c. 5. X. *cod.* II, 9. J. Claproth theoret. pract. Rechtswiss. von freiwill. Gerichtshandl. 3e Ausg. Gött. 1789. — (C. A. v. Trützschler) Anweisung zur vorsicht. u. förml. Abfassung rechtl. Aufsätze, insonderheit über Handl. der willkührl. Gerichtsbarkeit. 4te Aufl. 2 Bände. Leipz. 1801.

9) Ist keine bestimmte Zahl vorgeschrieben, so müssen auch hier zwei genügen, (arg. L. 12. D. *de testib.* XXII, 5.); doch giebt es davon viele Ausnahmen. S. *Westenberg* princip. jur. Dig. §. 20—25.

10) §. 6. I. *de test. ord.* L. 20. §. 6. D. *qui test. fac. poss.* XXVIII, 1. — L. 11. C. *qui pot. in pign.* VIII, 18. *Harmenopuli* πρόχειρον τῶν νόμων I, 6. §. 52. — *Vinnius* zu §. 6. I. *de test. ord.*

11) L. 8. C. *qui test. fac. poss.* VI, 22. — L. 4. D. *de fide instrum.* XXII, 4. (§. 98. Note 2.). L. 4. 5. C. *eod.* IV, 21. — Vgl. v. Savigny üb. den Literalcontract der Römer S. 1—3. (in den Abhandl. d. histor. philolog. Klasse d. Akad. d. Wiss. zu Berlin auf d. J. 1816—1817. Berl. 1818.). — Ueber die bei Urkunden über ein Rechtsgeschäft zu beobachtende Form s. *Pauli* sent. rec. Lib. V. Tit. 25. §. 6. — L. 17. C. *de fide instrumentor.* IV, 21. — Nov. 44. Nov. 72. c. 1—4. Nov. 90. c. 2. — S. auch Savigny Gesch. d. R. R. im Mittelalter Bd. II. S. 182 fgg. und Marezoll in der Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß Bd. III. Nr. XIV. Ueber das Papierzeichen, protocollum genannt, s. Nov. 44. c. 2. u. Hugo R. G. Aufl. XI. S. 1134. Z. 18. 19. — Vgl. noch unten §. 148. Nr. II.

12) Z. B. L. 2. pr. D. *de adopt.* I, 7. — L. 32. C. *de episc. et cler.* I, 3. („— ita videlicet, ut praesentibus publicis personis, i. e. tabulariis, aut intervenientibus gestis in hac quidem inclyta urbe apud virum perfectissimum magistrum census, in provinciis vero, apud moderatores earum, vel defensores locorum res eorum eis tradantur." —) L. 1. C. *de praed. et aliis reb. minor.* V, 71. L. 27. C. *de donat.* VIII, 54. („— ut donationes *interveniente actorum testificatione* conficiantur." —) L. 31. *eod.* („In donationibus, quae *actis insinuantur*, non esse necessarium" etc. —) L. 34. pr. *eod.* („— donationes — sub *observatione monumentorum* fieri." —) — L. ult. §. 2. C. *de jure delib.* VI, 30. Nov. 1. c. 2. §. 1.

13) Z. B. die in öffentliche Hypothekenbücher eingetragenen Pfandrechte. — Vgl. auch L. 11. C. *qui pot. in pign.* VIII, 18.

14) Z. B. L. 19. C. *de test.* VI, 23.

15) „Judex non dat jura, sed ea, quae sunt, confirmat." — Vgl. c. 4. X. *de confirmatione utili vel inutili* II, 30. — *Jo. Balth.*

Wernher observ. for. T. I. P. V. obs. 234. *Leyser* med. ad Pand. sp. 40. m. 7. — S. übrigens c. 6. X. *de renunt.* I, 9. „tanta est judicialis auctoritas, ut semper pro ipso praesumi debeat, donec contra ipsum aliquid legitime comprobetur."

16) L. 8. §. 17. D. *de transact.* II, 15. L. 11. D. *de reb. eor., qui sub tut.* XXVII, 9. L. 12. C. *de praed. et al. reb. min. non alienand.* V, 71.

17) L. 17. C. *de fide instrum.* IV, 21. — Vgl. Bd. II. §. 331. zu Note 4.

§. 104.

III) Bestandtheile der Rechtsgeschäfte *).

Die möglichen Bestandtheile eines jeden Rechtsgeschäfts lassen sich auf drei Begriffe zurückführen, welche man die essentialia, naturalia und accidentalia negotii zu nennen pflegt [1]). Wesentlich [2]) ist bei einem Geschäft Alles, was zu seinem Begriff nothwendig gehört [3]). Naturalia negotii sind die, nach der Natur der Sache oder gesetzlichen Bestimmungen, sich von selbst verstehenden Wirkungen eines Rechtsgeschäfts [4]), welche daher im Zweifel allemal als nicht abgeändert anzusehen sind [5]), wenngleich ihre Abänderung durch Privatautonomie möglich ist [6]). Unter den accidentalia versteht man die Erweiterungen oder Einschränkungen der regelmäßigen Wirkungen eines Rechtsgeschäfts, so wie die Nebenbestimmungen (adminicula) desselben [7]). Von diesen sind hier zu erwähnen: die Modalitäten eines Rechtsgeschäfts (Bedingungen, Zeitbestimmungen [8]) und Modus), und die Geschäftsclauseln.

*) *Jos. Averanii* interpret. jur. Lib. IV. c. 12.

1) S. z. B. v. Wening Lehrb. I. §. 131.

2) Im Röm. Recht wird bisweilen auch das, was wesentlich zu einem Recht gehört, durch natura bezeichnet, z. B. in L. 15. §. 1. D. *de servit.* VIII, 1.

3) L. 1. D. *de jure codicillor.* XXIX, 7. L. 1. §. 2. D. *de V. O.* XLV, 1.

4) L. 7. §. 5. D. *de pact.* II, 14. L. 21. §. 3. D. *de testib.* XXII, 5.

5) L. 3. D. *de reb. cred.* XII, 1. L. 11. §. 1. D. *de a. e. v.* XIX, 1. L. 15. §. 4. D. *locati* XIX, 2. L. 11. §. 1. D. *de a. e. v.* XIX, 1. („— quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt hujus judicii potestate.") L. 4. pr. D. *de usuris* XXII, 1.

6) L. 5. §. 4. D. *de praescr. verb.* XIX, 5. („— potest mandatum ex pacto naturam suam excedere.") L. 10. pr. D. *de per. et comm. rei vend. et trad.* XVIII, 6. — Vgl. die L. 2. 4. 6. 17. D. *de pactis dotalib.* XXIII, 4. — u. dazu *Averanius* l. l. Nr. 16 sqq.

7) L. 72. pr. *de contr. emt.* L. 52. pr. *de V. O.* XLV, 1.

8) §. 2. 3. I. *de verb. obl.* L. 8. D. *de auct. tut.* XXVI, 8. L. 45. pr. D. *ad Leg. Falcid.* XXXV, 2.

§. 105.

1) Von Bedingungen.*) a) Ihr Begriff.

Bedingung im engeren und eigentlichen Sinne ist jede Nebenbestimmung, wodurch ein Recht oder seine Dauer von einem künftigen, noch ungewissen, auch nicht von selbst sich schon verstehenden, Umstande abhängig gemacht wird[1]). Die besonderen Rechtsgrundsätze über diese Modalität fallen also weg: a) bei den s. g. conditiones in praesens oder in praeteritum collatae[2]), b) bei den nothwendigen Bedingungen, d. s. theils diejenigen, deren Erfolg nicht zweifelhaft ist[3]), theils die nach dem Wesen und der Natur des Geschäfts sich von selbst verstehenden, welche auch tacitae conditiones[4]), so wie juris conditiones[5]) genannt werden. Doch wird jede Zusage, deren Erfolg von einer noch ungewissen Begebenheit abhängt, abgesehen von der rückwirkenden Kraft der Bedingungen[6]), als bedingter Vertrag[7]) behandelt[8]), ja selbst bei letztwilligen Verfügungen bisweilen ein zur Natur des Rechts gehöriger, aber bedingungsweise ausgedrückter Umstand einer wirklichen Bedingung gleichgesetzt[9]).

*) *Fr. Balduini* commentarius de conditionibus (in *Heineccii* Jurisprudentia Romana et Attica T. I. p. 323 sqq.). — *H. Donelli* commentarii jur. civil. Lib. VIII. c. 30—36.

1) §. 4. I. *de verb. obl.* L. 39. D. *de reb. cred.* XII, 1. („— tunc potestatem conditionis obtinet, cum in futurum confertur.")

2) §. 6. I. *de verb. obl.* („Conditiones, quae ad praeteritum vel ad praesens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt: velut, si Titius consul fuit, vel, si Maevius vivit, dare spondes? Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio, sin autem ita se habent, statim valet. Quae enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.") L. 37. D. *de reb. cred.* XII, 1. L. 100. D. *de V. O.* XLV, 1. — L. 16. D. *de injusto rupto, irrito facto test.* XXVIII, 3. L. 10. §. 1. D. *de condit. instit.* XXVIII, 7. („Si quem ita institutum ponamus: ille, si eum codicillis heredem scripsi, heres esto, valet institutio, etiam in filio, qui in potestate est: cum nulla sit conditio, quae in praeteritum confertur, vel quae in praesens, velut: si rex Parthorum vivit, si navis in portu stat.")

3) L. 18. D. *de cond. indebiti* XII, 6. L. 7. in f. D. *de V. O.* L. 9. §. 1. D. *de novat.* XLVI, 2. („Qui sub conditione stipulatur, quae omnimodo exstatura est, pure videtur stipulari.")

4) L. 68. D. *de jure dotium* XXIII, 3. („— cum omnis dotis promissio futuri matrimonii tacitam conditionem accipiat.") — L. 99. D. *de cond. et demonstr.* XXXV, 1. („Conditiones extrinsecus [al. intrinsecus], non ex testamento venientes, i. e. quae tacite inesse videntur, non faciunt legata conditionalia.") — Vgl. L. 6. §. 1. D. *de tutelis* XXVI, 1. L. 22. §. 1. D. *quando dies leg. vel fideic. cedat* XXXVI, 2. — *Balduinus* l. l. c. 4. — *H. Donelli* comment. jur. civ. VIII, 32. §. 1—4. — *A. E. Endemann* de implendae conditionis tempore specim. (Marb. 1821. 8.) §. 1.

5) L. 21. D. *de cond. et demonstr.* XXXV, 1.

6) L. 25. D. *de stipul. serv.* (XLV, 3.) — Vgl. §. 108. Note 6.

7) Denn in Ansehung der letztwilligen Verfügungen s. L. 99. D. *de cond. et demonstr.* (Note 4.) und L. 21. §. 1. D. *quando dies leg. cedat* XXXVI, 2. *Endemann* l. l. §. 10—12.

8) L. 21. D. *de jure dotium* XXIII, 3. L. 73. §. 1. D. *de V. O.* XLV, 1.

9) L. 65. §. 1. D. *de leg.* I. L. 69. D. *de cond. et demonstr.* XXXV, 1. — L. 12. D. *de condit. instit.* XXVIII, 7.

§. 106.

b) Arten der Bedingungen.

Eine Bedingung suspendirt entweder den Anfang des Rechts, oder das Wiederaufhören desselben[1]); im ersten Falle nennt man sie eine Suspensiv-, im zweiten eine Resolutiv-Bedingung[2]). Außer dieser Eintheilung der Bedingungen nach ihrer hauptsächlichen Wirkung giebt es noch andere, wobei zunächst ihr Inhalt in Betracht kommt: 1) in affirmative und negative[3]), 2) in zufällige (casuales) — auf deren Ausgang die Willkühr des bedingt Berechtigten schlechterdings keinen Einfluß hat, — in potestative, welche lediglich von dessen Willkühr abhängen[4]), und vermischte, wobei Zufall und Willkühr auf gleiche Weise zusammentreffen müssen[4a]); 3) in mögliche und unmögliche[5]). Diese sind entweder a) unmögliche im eigentlichen Sinne, d. i. deren Erfüllung von Natur unmöglich ist[5a]), denen, auch in Ansehung des Grundes, die falsae conditiones gleichstehen[6]), oder b) die s. g. moralisch unmöglichen, nämlich die rechtswidrigen[7]), die eigentlich unmoralischen[8]), die unanständigen[9]), diejenigen, welche einen Mißbrauch der Religion und religiöser Ueberzeugungen veran-

lassen können[10]), oder auch eine Auflage enthalten, wodurch die natürliche Freiheit geradezu eingeschränkt wird[11]).

1) L. 2. D. *de in diem addict.* XVIII, 2. („Quotiens fundus in diem addicitur, utrum *pura emtio est*, *sed sub conditione resolvitur*, an vero *conditionalis* sit magis *emtio*, quaestionis est. Et — si quidem hoc actum est, ut meliore allata conditione discedatur, erit pura emtio, quae sub conditione resolvetur: sin autem hoc actum est, ut perficiatur emtio, nisi melior conditio offeratur, erit emtio conditionalis.") — L. 4. pr. *eod.* L. 3. D. *de contr.* XVIII, 1. („Si res ita distracta sit, ut, si displicuisset, inemta esset, constat, *non esse sub conditione distractam*, *sed resolvi emtionem sub conditione.*") L. 1. D. *de lege commissor.* XVIII, 3. („Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub conditione resolvi emtio, quam sub conditione contrahi videatur.") L. 2, §. 4. D. *pro emtore* XLI, 4.

2) Thibaut civiliſt. Abhh. XVII. Nr. I.

3) L. 7. u. 67. D. *de cond. et demonstr.* XXXV, 1.

4) Gewöhnlich beſtimmt man die Begriffe von caſuellen und poteſtativen Bedingungen nach dem Inhalt der Bedingungen an ſich, (nach abſoluten Merkmalen des Zufälligen und Willkührlichen), und hiernach würde es denn auch eine Poteſtativ-Bedingung ſeyn, wenn Jemandes Recht von willkührlichen Handlungen eines Dritten abhängig gemacht wird, (wie z. B. in der L. 68 D. *de heredib. instit.* XXVIII, 5.). Allein die von vermiſchten Bedingungen handelnden Stellen ſchließen großen Theils eine ſolche Begriffs-Beſtimmung geradezu aus, und überhaupt iſt es unmöglich, hier zu ſicheren und anwendbaren Reſultaten zu gelangen, wenn man nicht eine zufällige Bedingung diejenige nennt, deren Erfüllung unabhängig iſt von der Willkühr deſſen, welcher durch den Eintritt derſelben ein Recht erhalten ſoll. (Vgl. was oben — §. 83. — über den juriſtiſchen Begriff des Zufalls geſagt wurde.

4 a) L. un. §. 7. C. *de caduc. toll.* VI, 51. — Den Begriff von Poteſtativ-Bedingungen läugnet übrigens *A. Fr. Schott* (observ. de conditionis potestativae figmento; in opusc. — Lips. 1770. — p. 272 sqq.), beſonders wegen L. 11. §. 1. D. *de cond. et demonstr.* „Item sciendum est, *promiscuas* conditiones post mortem impleri oportere, si in hoc fiant, ut testamento pareatur, veluti, si in capitolium ascenderit, non promiscuas etiam vivo testatore existere posse, veluti, si Titius consul factus fuerit." Indeſſen ſ. meine Fortſ. des Glückſchen Commentars Bd. 36. S. 356—358. und daſ. Note 8.; auch L. 8. §. 7. D. *de cond. inst.* XXVIII, 7., u. L. 4. D. *de hered. instit.* XXVIII, 5. und unten §. 109. Nr. 2. — Vgl. *Endemann* l. l. p. 33 fgg.

5) W. Sell die Lehre von den unmöglichen Bedingungen. Gießen 1834. (auch unter dem Titel: Verſuche im Gebiete des Civilr. Zweiter Theil.).

5 a) *Pauli* sent. rec. III. T. 4. B. §. 1. — §. 11. I. *de inutil. stipul.* („Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est, quo minus existat: veluti si ita quis dixerit: si digito coelum attigero, dare spondes?") L. 6. D. *de condit. instit.* XXVIII, 7. (ſ. §. 108. Note 1.). L. 2. §. 6. D. *de eo, quod certo loco* XIII, 4. L. 137. §. 6. D. *de V. O.* XLV, 1.

6) L. 72. §. 7. D. *de condit. et demonstr.* („Falsam conditionem Cassius et Caelius Sabinus impossibilem esse dixerunt, veluti: Pam-

philus, si quod Titio debeo solverit, liber esto, si modo nihil Titio fuit debitum.") — *Averanii* interpr. jur. Lib. II. c. 24. Nr. 14 sqq.

7) L. 137. §. 6. D. *de V. O.* („Cum quis sub hac conditione stipulatus sit: si rem sacram, aut religiosam Titius vendiderit, vel forum, aut basilicam, et hujusmodi res, quae publicis usibus in perpetuum relictae sint, ubi omnino conditio jure implere non potest, vel id facere ei non liceat: nullius momenti fore stipulationem, *proinde ac si ea conditio, quae natura impossibilis est, inserta esset.*") L. 15. D. *de cond. instit.* XXVIII, 7.

8) „Velut si ab hostibus patrem suum non redemerit, si parentibus suis patronove alimenta non praestiterit." L. 9. D. *de cond. instit.* L. 27. pr. *eod.* — L. 61. L. 123. D. *de V. O.* — L. 5. C. *de instit. et substit. sub condit. fact.* VI, 25.

9) L. 63. §. 1. D. *de cond. et demonstr.*

10) L. 8. pr. D. *de cond. instit.* „Quae sub *conditione jurisjurandi* relinquuntur, a Praetore reprobantur: — — — Cum enim faciles sint nonnulli hominum ad jurandum, contemtu religionis, alii perquam timidi, metu divini numinis usque ad superstitionem, ne vel hi vel illi aut consequerentur, aut perderent quod relictum est, Praetor consultissime intervenit." — Sell a. a. O. §. 56. (Vgl. unten §. 108. Note 1 b.).

11) Dahin gehört z. B. die Bedingung, seinen Wohnort nicht zu ändern (L. 71. §. 2. D. *de cond. et dem.*), die Beschränkung der testamentarischen Dispositionsfreiheit (L. 61. D. *de V. O.* — Sell a. a. O. §. 49.), die Auflage, nach der Bestimmung oder Wahl eines Dritten sich zu verheirathen (L. 72. §. 4. D. *de cond. et dem.*), eben so wie die, unverheirathet zu bleiben (L. 22. L. 72. §. 5. *eod.* L. 100. D. *de V. O.*). Dagegen sind zulässig die Bedingungen: eine bestimmte Person zu heirathen (L. 63. §. 1. D. *de cond. et dem.* Vgl. §. 109. Note 9.), oder nicht zu heirathen (L. 63. pr. L. 64. D. *de cond. et dem.* Vgl. Sell a. a. O. S. 165 fg.), oder binnen einer bestimmten Zeit, z. B. während der Unmündigkeit, sich nicht wieder zu verheirathen (L. 62. §. 2. *eod.*), und nach Justinians Bestimmung auch die: sich nie wieder zu verheirathen. L. 2. C. *de indicta viduitate et lege Julia miscella tollenda* VI, 40. Nov. 22. c. 43. 44. — *Jo. Sal. Brunquell* D. de conditione: si non nupserit, ultimis voluntatibus adjecta (opusc. Nr. V.). — *J. G. Heineccius* ad L. Jul. et P. P. Lib. II. c. 16. — Ueber die Bedingung: die Religion zu ändern oder nicht zu ändern, s. *T. J. Reinharth* sel. observat. ad *P. Christianaei* decisiones (Erf. 1743. fol.) Vol. IV. obs. 24. und Weber zu Höpfner §. 491. Note 2. Nr. 3. Sell a. a. O. §. 31.

§. 107.

c) Beschaffenheit der Willenserklärung des Disponenten.

Hierüber gelten im Ganzen die nämlichen Regeln, von denen die Giltigkeit und Wirksamkeit rechtlicher Willenserklärungen überhaupt abhängt. Daher besteht die bedingte Ver-

fügung gar nicht, wenn sie nicht mit Freiheit erklärt, oder nicht ernstlich gemeint[1]), oder wegen Dunkelheit der Rede eine Auslegung überall nicht möglich ist[2]). Uebrigens können auch eigentliche Bedingungen (§. 105.) ohne ausdrückliche Erklärung für ausgedrückt gelten[3]), ja manche Geschäfte leiden nur eine stillschweigende, oder vielmehr indirecte, Erklärung von Bedingungen[4]); umgekehrt kann ein sich von selbst verstehender, aber unter der Form einer Bedingung ausgedrückter, Umstand die Bedeutung einer wahren Bedingung erhalten[5]).

1) Ein Beispiel enthält die L. 4. §. 1. D. *de statu liberis* XL, 7. „Non est statu liber, cui libertas in tam longum tempus collata est, ut eo tempore is, qui manumissus est, vivere non possit, aut si tam difficilem, immo pene impossibilem conditionem adjecerit, ut aliunde ea libertas obtingere non possit, veluti, si heredi millies dedisset, aut, cum moreretur, liberum esse jussisset; sic enim libertas inutiliter datur: — *quia nec animus dandae libertatis est.*" *Averanii* interpr. I. c. 24. nr. 13. 14. (Gewöhnlich wird die Stelle übrigens aus einem anderen Gesichtspuncte erklärt. So auch noch C. D. v. Madai die Statuliberi des R. R. (Halle 1834.) S. 146 fgg.). — S. auch L. 2. §. 6. D. *de eo, quod certo loco* XIII, 4. L. 31. D. *de O. et A.* XLIV, 7.

2) Dahin gehören die s. g. perplexae conditiones; z. B.: „Si Titius heres erit, Sejus heres esto, si Sejus heres erit, Titius heres esto." L. 16. D. *de cond. inst.* XXVIII, 7.

3) S. z. B. L. 6. pr. D. *quando dies legator.* XXXVI, 2. L. 11. §. 6. D. *de legat.* III. L. 122. §. 4. D. *de V. O.* XLV, 1. — Vgl. auch L. 19. pr. D. *de const. pec.* XIII, 5. — S. *Balduinus* l. l. c. 5. (de conditionib. tacite repetitis.). — Uebrigens gehören nicht eigentlich hieher L. 6. D. *de leg.* 1. u. L. 85. *de leg.* 3., da beim Tode des Testirers nothwendig entschieden seyn mußte, was nach dieser Anordnung dem Legator gebühre. Mit Recht erblickte daher Labeo in einer solchen Anordnung eine bloße Demonstration, wenngleich Julian und Pomponius a. M. waren. — Vgl. auch *Donellus* comment. VIII, 31. §. 11.

4) L. 195. *de reg. jur.* („Expressa nocent, non expressa non nocent"). L. 77. in f. *eod.* („— nonnumquam tamen actus suprascripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium adferunt: nam si acceptum feratur ei, qui sub conditione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intelligitur, si obligationis conditio exstiterit: quae si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciat actum.") L. 68. D. *de her. inst.* XXVIII, 5. — L. 138. §. 1. D. *de V. O.* — Vgl. *Jac. Gothofredi* comment. in tit. de reg. jur. ad L. 195. (opusc. min. ed. *Trotz* p. 1207.).

5) L. 65. §. 1. *de leg.* 1. L. 69. D. *de cond. et demonstr.* — *Averanii* interpr. Lib. IV. cap. 5. nr. 8 sqq. u. oben §. 105 a. E.

§. 108.

d) Rechtliche Wirkung der Bedingungen.

1) Wenn physisch oder moralisch unmögliche Bedingungen a) affirmativ gestellt sind, so werden sie bei letztwilligen Verfügungen als nicht vorhanden betrachtet, bei Verträgen werden diese selbst dadurch ungiltig[1]); b) negative Bedingungen dagegen sind als physisch unmögliche auch bei Verträgen überall nicht zu berücksichtigen[2]), als moralisch unmögliche kommt der Gegenstand und Zweck der Hauptverfügung in Betracht, und darnach ist ihre Wirkung nie, daß nur die Bedingung unberücksichtigt bleibt, sondern entweder ist sie zu erfüllen, oder die Verfügung selbst ist ungiltig[3]). 2) Während der Eintritt der Bedingung noch ungewiß ist (c. pendet), darf der bedingt Verpflichtete nichts unternehmen, wodurch jener vereitelt wird[4]), auch kann der bedingt Berechtigte in der Regel nur, wenn sein Recht gefährdet erscheint, in manchen Fällen aber ohne Weiteres, eine Cautions-Leistung der künftigen Leistung wegen verlangen[5]). 3) Der Ausgang der Bedingung wird allemal auf die Zeit zurückgezogen, zu welcher das Hauptgeschäft entstand, oder nach gewöhnlichen Voraussetzungen wirksam werden mußte. Ist also a) die Bedingung eingetreten (c. existens), so gilt das Geschäft bei einer Suspensiv-Bedingung als unbedingtes, bei einer Resolutiv-Bedingung als gar nicht vorhanden[6]); b) ist sie weggefallen (c. deficiens), so tritt der umgekehrte Fall ein[7]).

1) a) L. 7. D. *de V. O.* („Impossibilis conditio, cum in faciendum concipitur, stipulationibus obstat.") — §. 10. I. *de hered. inst.* („Impossibilis conditio in institutionibus et legatis, nec non fideicommissis et libertatibus pro non scripta habetur.") L. 3. D. *de cond. et demonstr.* — b) L. 35. §. 1. D. *de V. O.* („Item quod leges fieri prohibent, — cessat obligatio: velut si sororem nupturam sibi aliquis stipuletur.") — L. 14. D. *de cond. inst.* XXVIII, 7. („Conditiones contra edicta imperatorum, aut contra leges, aut quae legis vicem obtinent scriptae, vel quae contra bonos mores, vel derisoriae sunt, aut hujusmodi, quas Praetores improbaverunt, pro non scriptis habentur: et perinde, ac si conditio hereditati sive legato adjecta non esset, capitur hereditas legatumve.") Uebrigens sind nicht alle Bedingungen bei Verträgen für unerlaubt zu halten, die bei letztwilligen Verfügungen dafür gelten (z. B. condit. jurisjur. S. Sell a. a. O. §. 56. S. 215. — das Gegentheil ist nie von mir behauptet, wie dieser Schriftsteller annimmt), — aber auch wohl umgekehrt (s. die Note 3.). S. Weber zu Höpf-

ner §. 491. Note 3. Nr. 1. — Vgl. *J. G. Brückmann* (resp. *Witte*) D. de impossibili canonico-juridico, sive de eo, quod circa conditiones impossibiles actibus humanis appositas justum est. Erf. 1751. 4. — Ueber den Einfluß ſchwieriger und relativ unmöglicher Bedingungen (ſ. g. difficiles c. sensu jur.) ſtreitet man, beſonders wegen L. 4. §. 1. D. *de st. lib.* (§. 107. Note 1.), L. 6. D. *de condit. instit.* u. L. 63. §. 7. D. *ad Sct. Treb.* XXXVI, 1.) S. C. *G. Hübner* Pr. de conditione difficili, ultimis voluntatibus adscripta. Lips. 1798. 4. Weber zu Höpfner §. 491. Note 3. Nr. 2. und Sell a. a. O. §. 11. u. §. 52 fgg.

2) L. 7. in f. D. *de V. O.* („— aliter, atque si talis conditio inferatur stipulationi: si in coelum non ascenderit; nam utilis et praesens est, et pecuniam creditam continet.") §. 11. I. *de inutil. stipul.* „At si ita stipuletur: si digito coelum non attigero, dare spondes? pure facta obligatio intelligitur, ideoque statim petere potest" — Uebrigens iſt hier, wie in dem Falle Note 1. a., nur von Suspenſiv-Bedingungen die Rede. Gerade umgekehrt muß es ſich verhalten, wenn die unmögliche Bedingung als Reſolutiv-Bedingung hinzugefügt iſt. S. Sell a. a. O. §. 17.

3) L. 121. §. 1. *de V. O.* („Mulier ab eo, in cujus matrimonium conveniebat, stipulata fuerat ducenta, si concubinae tempore matrimonii consuetudinem repetisset, nihil causae esse respondi, cur ex stipulatu, quae ex bonis moribus concepta fuerat, mulier, impleta conditione, pecuniam adsequi non possit.") L. 7. §. 3. D. *de pact.* II, 14. „Si ob maleficium, ne fiat, promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione." Thibaut a. a. O. S. 362. Nr. 1. Sell a. a. O. §. 29. — Doch darf man dieſe Beſtimmungen nur auf Verträge anwenden, indem hier das Anſtößige nur in dem Bedingen einer Belohnung für das, was man ohnehin thun oder unterlaſſen mußte, liegt.

4) L. 161. D. *de reg. jur.* L. 50. D. *de contr. emt.* XVIII, 1. L. 3. §. 3. C. *comm. de leg.* VI, 43.

5) L. 13. §. 5. D. *de pign. et hyp.* XX, 1. Tit. Dig. *ut legatorum seu fideicommissor. servandor. causa caventur* XXXVI, 3.

6) L. 105. D. *de cond. et dem.* L. 138. pr. D. *de reg. jur.* — L. 16. D. *de in diem add.* XVIII, 2. L. 8. pr. D. *de per. et commodo rei vend.* XVIII, 6. („Quodsi pendente conditione emtor vel venditor decesserit, constat, si exstiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, quasi jam contracta emtione in praeteritum. Quodsi pendente conditione res tradita sit, emtor non poterit eam usucapere pro emtore et quod pretii solutum est, repetetur, et fructus medii temporis venditoris sunt: sicuti stipulationes et legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione res exstincta fuerit.") — L. 11. §. 1. D. *qui pot. in pign.* XX, 4. („Cum enim semel conditio exstitit; perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset.") L. 16. D. *de solut.* XLVI, 3. („Sub conditione debitori si acceptum feratur, postea conditione existente intelligitur jam olim liberatus.") — Vgl. L. 3. D. *quib. mod. pign. v. hyp. solv.* XX, 6. — Thibaut a. a. O. S. 365—367.

7) §. 2. I. *quib. mod. test. infirm.* — L. 37. in f. D. *de contr. emt.* L. 8. pr. D. *de per. et comm. rei vend.* L. 21. in f. D. *de solut.*

§. 109.

e) Erfüllung der Bedingung.

Bei der Frage, wie eine Bedingung zu erfüllen sei? kommt zunächst die Absicht des Disponenten in Betracht[1]), so daß weder eine buchstäbliche Erfüllung immer genügt[2]), noch auch in allen Fällen erforderlich ist[3]). Daher schadet es denn auch bei einer alternativ gestellten Bedingung nicht, daß die eine Alternative weggefallen ist, wenn nur die andere erfüllt wird[4]). Auch nimmt man an, daß eine Bedingung im Zweifel allemal für erfüllt zu achten sei[5]), ja es giebt Fälle, wo sie dafür gilt, wenngleich das Gegentheil gewiß ist. Nämlich 1) wenn der, welchem daran liegt, daß sie nicht erfüllt werde, ihren Eintritt zu verhindern sucht[6]); 2) wenn eine reine Potestativ-Bedingung durch einen Zufall vereitelt wird[7]), vorausgesetzt, daß nicht schon vor Eintritt des Hindernisses die Erfüllung möglich war[8]). Ferner gelten 3) vermischte Bedingungen für erfüllt, wenn die Absicht, der Auflage nachzukommen, zu einer Zeit an den Tag gelegt wird, wo die Erfüllung noch möglich war, nicht aber, wenn der vereitelnde Zufall früher eintritt[9]), und auch selbst dies ist 4) alsdann unschädlich, wenn Freiheits- und Alimenten-Vermächtnisse von einer solchen Bedingung abhängig gemacht werden[10]). — Dagegen bei rein zufälligen Bedingungen wird der Erfolg schlechthin durch den Zufall bestimmt[11]).

1) Ueber die Fälle, wo eine Erfüllungszeit vorgeschrieben ist, s. L. 41. §. 12. D. *de fideic. libertat.* XL, 5. L. 23. pr. D. *de statu liber.* XL, 7. — L. 40. pr. D. *de cond. et dem.* — *Endemann* l. l. und besonders § 15—17. — S. auch Glück Pand. IV. §. 337 d. S. 500 fgg.

2) L. 51. §. 1. D. *de leg.* 2. L. 76. D. *de cond. et demonstr.* („Fideicommissum a filiis relictum, si quis ex his sine liberis diem suum obierit, adoptionis commento non excluditur.")

3) L. 11. §. 11. D. *de leg.* 3. L. 15. D. *quando dies leg. cedat* XXXVI, 2. — L. 28. pr. D. *de cond. et demonstr.*

4) L. 78. §. 1. D. *de cond. et demonstr.*

5) Wegen L. 10. §. 1. D. *de reb. dub.* XXIV, 5., welche übrigens wohl nur eine Anwendung des favor libertatis enthält.

6) L. 39. u. L. 161. D. *de reg. jur.* L. 81. §. 1. D. *de cond. et demonstr.*

7) L. 8. §. 7. D. *de cond. instit.* L. 54. §. 2. *de leg.* 1.

8) L. 29. D. *de cond. et dem.* L. 8. §. 7. D. *de cond. inst.* XXVIII, 7. L. 54. §. 2. *de leg.* 1. — Vgl. *H. Donellus* commentar. jur. civil. Lib. VIII. c. 34. §. 2 sqq. u. *Endemann* l. l. p. 47.

9) L. 31. L. 101. pr. D. *de cond. et demonstr.* L. 94. pr. *eod.* („Diversa causa est legatarii" u. s. w.). L. 5. §. 5. D. *quando dies leg. ced.* XXXVI, 2. — Dagegen darf man sich auch nicht auf L. 54. §. 1. *de leg.* I. berufen. S. *Endemann* l. l. §. 69. not. 1. — Uebrigens versucht man meistens eine andere, viel künstlichere, Vereinigung der Stellen, worauf die Regeln 3—4 gegründet sind. Vgl. auch Sell §. 40. 41. 55.

10) L. 1. C. *de legat.* VI, 37. L. 7. C. *de condit. insert.* VI, 46. L. ult. C *de necess. serv. hered. inst.* VI, 23.

11) L. ult. C. *de necess. serv. her. inst.* — *Endemann* l. l. p. 64.

§. 110.

2) Von der Zeitbestimmung *(dies)*.

Eine Zeitbestimmung bezieht sich entweder auf das Recht selbst, oder nur auf den Leistungs- oder Erfüllungs-Moment[1]). In jenem Falle ist bald der Anfang, bald das Ende eines Rechtsverhältnisses an den Eintritt eines Termins geknüpft[1a]). Dabei ist denn zu unterscheiden, ob die Zeit gewiß oder ungewiß ist[2]). Eine absolute Ungewißheit, so wie auch die relative Ungewißheit in Ansehung der Frage: ob die Zeit eintreten werde? gilt stets der Bedingung gleich[3]); ja bei letztwilligen Verfügungen in der Regel auch schon eine in Ansehung der Frage: wann sie eintreten werde? Statt findende Ungewißheit[4]), nicht aber bei Verträgen[5]).

1) L. 21. pr. L. 22. pr. D. *quando dies legatur* XXXVI, 2. — L. 43. §. 2. *de leg.* II. L. 41. §. 1. D. *de V. O.* XLV, 1.

1a) L. 34. D. *de hered. instit.* XXVIII, 5. („Hereditas *ex die* vel *ad diem* non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio.") L. 44. §. 1. D. *de O. et A.* XLIV, 7. („Circa diem duplex inspectio est: nam vel *ex die incipit obligatio*, aut *confertur in diem*. Ex die, velut: Kalendis Martiis dare spondes? — *Ad diem* autem: usque ad Kalendas dare spondes?") — Der Ausdruck *in diem* geht häufig auf den s. g. terminus a quo ebensowohl, als auf den terminus ad quem. L. 44. pr. cit. §. 2. I. *de V. O.* Vgl. *Brisson.* voce *in* §. 1. 2.

2) S. *Averanii* interpret. jur. Lib. II. c. 16.

3) L. 75. D. *de cond. et demonstr.* — L. 16. D. *de cond. ind.* XII, 6. (Vgl. *Cujacii* obs. XIII. obs. 20.).

4) L. 79. §. 1. D. *de cond. et demonstr.* — Die Ausnahme enthält L. 79. pr. *eod.* L. 4. §. 1. D. *quando dies legator.*

5) L. 17. D. *de cond. indeb.* XII, 6.

§. 111.

3) Vom Modus.

Modus kann man jede mit der Begründung eines Rechts verbundene Einschränkung nennen, welche nicht nach den Regeln über Bedingungen und Zeitbestimmungen zu beurtheilen ist[1]). Dergleichen Einschränkungen können bei onerosen Geschäften so gut vorkommen, als bei Liberalitäts-Handlungen (s. Note **1.**); allerdings aber sind sie ihrer Natur nach bei diesen häufiger, und haben hier auch manches Eigenthümliche, weshalb denn auch bei der folgenden Darstellung der jetzt gewöhnlich angenommene Begriff von modus: Einschränkung einer Liberalitäts-Handlung[2]), zu Grunde liegt. — Der Modus kann als Zweck-Bestimmung vorkommen, oder als Gebrauchs-Einschränkung, oder als Restitutions-Verbindlichkeit, oder als Verpflichtung zu einer anderen Leistung, welche nur nicht die Natur eines wahren Aequivalents annehmen darf[3]). Auflagen dieser Art nun haben an sich Manches mit Bedingungen gemein[4]), und werden bisweilen auch so genannt[5]), ja bisweilen liegt in einer Zweckbestimmung zugleich eine wahre Bedingung[6]). Hievon abgesehen aber hat der Modus folgende Eigenthümlichkeiten: **1**) das Geschäft ist gleich einem unbedingten zu erfüllen[7]), doch kann auch auf Erfüllung des Modus, oder auf Zurückgabe des Erhaltenen geklagt werden[8]). **2**) Bei schuldloser Nichterfüllung gilt die Auflage für erfüllt[9]), und eben so **3**) wenn Niemand dabei rechtlich interessirt ist, daß der Modus erfüllt werde[10]). — So oft übrigens ein Zweifel eintritt, ob eine Auflage für Modus oder Conditio zu halten sei, ist ersteres anzunehmen[11]).

1) S. z. B. L. 56. D. *de contr. emt.* L. 1. §. 6 u. fgg. D. *de servis export.* XVIII, 7. L. 6. D. *de praescr. verb.* XIX, 5. — Daß übrigens der Ausdruck modus auch in unseren Rechtsquellen nicht immer in dieser Bedeutung vorkomme, wird kaum bemerkt werden dürfen. M. s. z. B. L. 92. D. *de hered. inst.* XXVIII, 5. L. 44. §. 3. D. *de O. et A.* XLIV, 7. L. 72. D. *de fidejuss.* XLVI, 1.

2) S. *C. G. Waechter* doctr. de condict. c. d. c. n. s. (Tub. 1822.) p. 90—98. Pfeiffer pract. Ausführungen aus allen Theilen der R. W. I. S. 24 fgg. Nr. IV. — Vgl. übrigens Braun Erört. zu Thib. S. 154 fg.

3) L. 17. §. 4. D. *de cond. et dem.* („Quodsi cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori, vel

opus, aut epulum municipibus, vel ex eo, ut partem alii restitueret, sub modo legatum videtur.") L. 71. pr. *eod.* („Titio centum, ita ut fundum emat, legata sunt: non esse cogendum Titium cavere, Sextus Caecilius existimat, quoniam ad ipsum dumtaxat emolumentum legati rediret. Sed si filio, fratri, alumno minus industrio prospectum esse voluit, interesse heredis credendum est: atque ideo cautionem interponendam, ut et fundus comparetur, et postea non alienetur.") L. 3. C. *de contr. emt.* IV, 38. L. 1. 2. 3. C. *de donat., quae sub modo conficiuntur* VIII, 55.

4) L. 4. C. *de donat., quae sub modo.* — L. 8. C. *de cond. ob caus. dator.* IV, 6. — L. 19. D. *de leg.* 3. L. 17. D. *de usu et usufr. per legat. vel fideic. dat.* XXXIII, 2. — Vgl. L. 16. *eod.*

5) Z. B. L. 4. C. *de donat., quae sub modo.*

6) Man nennt dies einen modus mixtus, im Gegensatz von m. purus. S. Glück Pand. IV. S. 461—463.

7) L. 80. D. *de cond. et dem.* („Eas causas, quae protinus agentem repelluut, in fideicommissis non pro conditionalibus observari oportet: eas vero, quae habent moram cum sumtu, admittemus cautione oblata: nec enim parem habemus eum, cui ita datum sit, *si monumentum fecerit*, et eum, cui datum est, ut monumentum faciat.") L. 17. §. 2. D. *de manumiss. test.* XL, 4. („Hac scriptura testamenti: Pamphilus liber esto, ita ut filiis meis rationem reddat: an sub conditione libertas data videretur? quaesitum est. Respondi, pure quidem datam libertatem, et illam adjectionem: ita ut rationes reddat, conditionem libertati non injicere: tamen, quia manifesta voluntas testantis exprimeretur, cogendum eum ad rationes reddendas.") L. 44. *eod.* — *Leyser* med. ad Pand. sp. 399. m. 1.

8) L. 1. 3. C. *de donat., quae sub modo.* L. 9. 22. C. *de donat.* VIII, 54. — L. 2. C. *de his, quae sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur* VI, 45. („Ex his verbis: Titio decem millia, vel insulam relinquo, ita ut quinque millia ex his, vel eandem insulam Maevio restituat: licet antea neque legati, neque fideicommissi petitio nascebatur, tamen in libertate a D. Severo hoc admissum est. Sed et in pecuniariis causis, voluntatis tuendae gratia non immerito recipiendum est, ut etiam ex hujusmodi verbis, sive ad conditionem, sive ad modum respiciant, sive ad dandum, vel faciendum aliquid, fideicommissi actio omnifariam nascatur, *videlicet in conditionibus post exitum earum.*") — C. C. Westphal von Vermächtn. I. S. 464. — L. 41. pr. in f. D. *de contrah. emt.*: „*Si sub conditione facta emtio est, non poterit agi, ut conditio impleatur.*" — S. *C. F. G. Meister* D. de eo, quod inter conditionem resolutivam et modum interest (in opusc. Syll. alt. Goett. 1775. 8. Nr. III.). — Daß der mit der Auflage Beschwerte in allen Fällen eine Caution wegen der Erfüllung bestelle, ist nicht nöthig. *Meister* l. l. §. 18. A. M. ist Glück a. a. O. S. 467 fg. Bucher das Recht der Forderungen (2. A.) S. 142 fg.

9) L. 1. C. *de his, quae sub modo leg. v. fideic. rel.*

10) L. 13. §. 2. D. *de donat. int. V. et U.* XXIV, 1. („Cum quis acceperit, ut in suo aedificet, condici ei id non potest.") Vgl. L. 71. pr. D. *de cond. et dem.* (Note 2.). — Eine Auflage dieser Art nennt man einen mod. simplex. Glück a. a. O. S. 464 fg.

11) L. 17. §. 2. L. 44. D. *de manumiss. test.* (Note 7.), u. arg. L. 9. D. *de reg. jur.*

§. 112.

4) Von Geschäftsclauseln.

Clauseln sind (meistens) kurze Wortformeln, welche einem Rechtsgeschäfte der genaueren Bestimmung seiner rechtlichen Wirkung halber angehängt zu werden pflegen. Mit Rücksicht auf ihren Zweck und Inhalt kann man folgende Klassen derselben unterscheiden: I) die Giltigkeitsclauseln, nämlich die confirmatorische [1]), die Vorbehaltsclausel [2]), die cl. rati [3]), die Salutar- [4]) und die derogatorische Clausel [5]). II) Die Sicherheitsclauseln, z. B. die clausula doli [6]), constituti possessorii [7]), u. a. [8]). III) Die Verzichtsclauseln [9]). IV) Die Aufhebungsclauseln, wohin besonders die cl. rebus sic stantibus gehört, über deren rechtliche Bedeutung man eben so, wie darüber streitet: ob sie sich von selbst verstehe, oder ausgedrückt werden müsse? [10]). V) Die Solennitätsclauseln [11]). — Außerdem kann man aber auch noch die nothwendigen Clauseln von den nützlichen, so wie von diesen wieder die überflüssigen, die unpassenden, die schädlichen, d. h. leicht zu Zweifeln und Streitigkeiten Veranlassung gebenden, unterscheiden [12]).

1) Z. B. die Codizillarclausel. L. 29. §. 1. D. *qui test. fac. poss.* XXVIII, 1.

2) Z. B. „si quid tabulis, aliove quo genere ad hoc testamentum pertinens, reliquero, ita valere volo." L. 18. D. *de jure cod.* XXIX, 7. — *C. v. Bynkershoek* de clausula, quam reservatoriam vocant (quaestion. jur. privati Lib. III. c. 4. 5. opp. T. II. p. 351 sqq.).

3) L. 65. D. *de proc.* III, 3. — *Leyser* med. ad Pand. spec. 178. cor. 2.

4) *J. S. Stryk* D. de clausula salutari libellor. Hal. 1738. 4. — *Leyser* sp. 36. m. 3.

5) Bisweilen versteht man freilich unter der Derogatorclausel die, wodurch eine frühere Bestimmung aufgehoben oder abgeändert wird, in welchem Falle man sie denn auch die cassatorische Clausel nennt. — S. überhaupt *Cujacii* observ. XIV, 7. *C. v. Bynkershoek* de causula, quam derogatoriam vocant (quaest. jur. privat. III. c. 6. opp. T. II. p. 355 sqq.).

6) L. 4. §. 16. D. *de doli mali et met. exc.* XLIV, 4.

7) S. (v. Trützschler) Anweisung z. vorsicht. Abfass. rechtl. Aufsätze Hauptabth. I. Hauptst. III. §. 51.

8) Z. B. L. 6. 13. 21. D. *jud. solvi* XLVI, 7. — *Jo. Gottfr. Genz* D. de vi et effic. clausulae mit oder ohne Recht. Arg. 1669. 4.

9) v. Trützschler a. a. O. Hauptabth. I. Hauptst. III. §. 34 fgg. — S. auch unten §. 119.

10) Vgl. Weber von der nat. Verbindl. §. 90. Nr. III. — S. auch L. 38. D. *de solut.* XLVI, 3. — c. 25. *de jurejur.* II, 24. — Vgl. auch die Note 5.

11) Z. B. die Clausel von Rechts wegen, am Schlusse richterlicher Erkenntnisse.

12) *Sam. Stryk* D. de jure superflui et cautela abundanti. Frcf. 1690. 4. — *Id.* de cautela abundanti in contractibus. Frcf. 1690. 4. — *Id.* de clausula abundanti in proc. Frcf. 1690. 4. — *C. a Rheden* D. de superfluis, ineptis et inutilib. libellor. clausulis. Brem. 1717. 4.

§. 113.

Von nichtigen und wirkungslosen Geschäften.

Nichtig sind, genau genommen, nur diejenigen Rechtsgeschäfte, welche im Rechtssinne als gar nicht zu Stande gekommen (als ungiltig schon gleich bei ihrem Entstehen) erscheinen, wirkungslos diejenigen, welche nach juristischen Begriffen an sich zu Recht bestehen, allein aus besonderen Gründen wieder aufgehoben und unwirksam gemacht werden [1]). Nichtigkeit kann durch äußere Mängel sowohl, als durch innere, wenn sie nur wesentliche Puncte betreffen, erzeugt werden [2]). Rescission eines Geschäfts erfolgt a) aus einem gleich Anfangs vorhandenen Grunde, der aber nur nach dem neueren Recht (der aequitas), nicht nach dem strengen jus civile berücksichtigt wird [3]); b) aus einem später hinzutretenden Aufhebungsgrunde, welcher bald ein freiwilliger seyn kann [4]), bald ein nothwendiger, d. h. ein von bloßer Privat-Willkühr unabhängiger. Im Ganzen darf man annehmen, daß jeder Grund, dessen anfängliches Vorhandenseyn Nullität erzeugt haben würde, das Geschäft auch von selbst wieder aufhebt [5]). Jedoch leidet diese Regel an sich schon große Einschränkungen [6]), und geht natürlich nicht auf die Fälle, welche im Rechtssinne der Vergangenheit angehören [7]), was für einzelne Fälle durch rechtliche Fiction angenommen ist [8]). Uebrigens gelten für die nichtigen wie für die aufgehobenen Geschäfte noch folgende Regeln: **1**) Wenn der hauptsächliche und wesentliche Theil des Geschäfts nicht bestehen kann, so fallen auch die außerwesentlichen Bestimmungen desselben über den Haufen [9]), falls nicht das Gegentheil ausdrücklich im Gesetz bestimmt ist [10]). **2**) Dagegen gilt das Geschäft, soweit es gelten kann, wenn a) der Mangel sich nur auf bestimmte Personen bezieht [11]), oder

b) nur in Ansehung der Quantität das gesetzliche Maaß überschritten ist [12]), oder c) die fehlerhafte Verfügung lediglich den außerwesentlichen Inhalt des Geschäfts betrifft [13]). (Non vitiatur utile per inutile.) 3) Das bloße Wegfallen des Grundes, worauf die Ungiltigkeit eines Geschäfts beruht, kann nicht dessen Giltigkeit begründen, oder wiederherstellen [14]); doch giebt es hievon Ausnahmen, von denen im Folgenden die Rede seyn wird.

1) Ein nichtiges Geschäft heißt im R. R. *nullum*, oder *nullius momenti*, im Gegensatz der rupta, irrita facta, infirmata, rescissa negotia. Doch wird dieser Ausdruck auch von den durch das Gesetz (ipso jure) rescindirten, also nichtigen Geschäften gebraucht (*Brisson.* de V. S. v. *rescindere* §. 2.), so wie umgekehrt auch wohl die durch prätorische Rechtsmittel rescindirten nullius momenti genannt werden; z. B. L. 22. D. *quae in fraud. creditor.* XLII, 8. Uebrigens giebt es auch beschränkte Nullitäten, wohin die Fälle gehören, wenn nicht der ganze Inhalt des Geschäfts wegfällt (Note 10.), oder das Daseyn der Nichtigkeit erst nach einem künftigen Zeitpunct bestimmt wird (s. meine Forts. von Glück Bd. 37. S. 257 fgg. Nr. 1.), oder wenn sie durch späteren Consens geheilt werden kann (s. den folg. §. Note 3.; vgl. auch Dabelow Handb. des Pandektenrechts Bd. II. S. 20 fg.). Man kann diese Fälle allenfalls als relative (oder respective) Nichtigkeit, im Gegensatz der absoluten, bezeichnen. Weniger angemessen ist es, diesen Ausdruck auch auf die Fälle zu beziehen, wo es von der Willkühr eines Vertragsinteressenten abhängt, ob er den Vertrag bestehen lassen, oder anfechten will (s. unten § 163. Note 3. und §. 164. Note 3.).

2) S. oben §. 46. u. vgl. *C. L. Crell* observationes de fructu et effectu negotii inutilis, nullius et imperfecti. Vitemb. 1750. 4. — *J. C. Pütter* Pr. de nullitate. Goett. 1758. 4.

3) Beispiele s. bei *Brisson.* voce *rescindere* §. 1.

4) Z. B. „posteriore testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur." §. 2. I. *quib. mod. test. infirm.*

5) §. 2. I. *de inutil. stipul.* („Idem juris est, si rem sacram, aut religiosam, vel publicam, vel liberum hominem, quem servum esse credebat, vel cujus commercium non habuerit, vel rem suam dari quis stipuletur. Nec in pendenti erit stipulatio ob id, quod publica res in privatum deduci, et ex libero servus fieri, et commercium adipisci stipulator potest, et res stipulatoris esse desinere: sed protinus inutilis est. *Item contra, licet initio utiliter res in stipulatum deducta sit, si postea in earum quam causam, de quibus supra dictum est, sine facto promissoris devenerit, extinguitur stipulatio.*") L. 3. D. in f. *de his, quae pro non scr. hab.* XXXIV, 8. („Nam quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur.") L. 98. pr. D. *de V. O.* („— *maxime secundum illorum opinionem*, qui etiam ea, quae recte constiterunt, resolvi putant, cum in eum casum recideruntt, a quo non potuissent consistere." — S. *Averanii* interpr. jur. Lib. IV. c. 24.) — Vgl. die folg. Note; auch § 5. I. *de noxal. act.* L. 15. in f. L. 16. D. *ad Leg. Aquil.* IX, 2.

6) L. 85. D. *de reg. jur.* („Non est novum, ut, quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium

capere non potuerunt.") L. 140. §. 2. D. *de V. O.* XLV, 1. — L. 6. §. 1. L. 18. pr. L. 20. §. 4. D. *qui testam. fac. poss.* XXVIII, 1. — *Averan.* interpret. IV. c. 25. 26.

7) L. 5. pr. D. *de donat. int. V. et U.* XXIV, 1. L. 31. pr. D. *de donat.* XXXIX, 5.

8) S. z. B. L. 6. §. 12. D. *de inj. rupto, irr. test.* XXVIII, 3.

9) L. 178. D. *de reg. jur.* („Cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent.") — L. 27. in f. D. *fam. ercisc.* X, 2. L. 17. D. *de in justo, rupto, irr. test.* L. 1. in f. C. *de posth. hered. inst.* VI, 29.

10) S. z. B. L. 15. in f. D. *de inoff. test.* — Nov. 115. c. 3. 4. (vgl. meine Fortsetzung von Glücks Pand. Bd. 37. S. 255 fg.)

11) L. 5. §. 2. D. *de donat. int. V. et U.* — L. 13. §. 29. D. *de act. emti vend.* XIX, 1.

12) L. 29. D. *de usur.* XXII, 1. — L. 34. C. *de donat.* VIII, 54.

13) L. 20. D. *de usur.* XXII, 1. („Usuras illicitas sorti mixtas ipsas tantum non deberi constat, caeterum sortem non vitiare.") L. 31. §. 4. D. *de don. int. V. et U.* („Si vir uxori, vel contra, quid vendiderit vero pretio, et donationis causa paciscantur, ne quid venditor ob eam rem praestet: videndum est, quid de ea venditione agatur: utrum res venierit, et totum negotium valeat, an vero, ut ea sola pactio irrita sit — ? Et verius est, pactum dumtaxat irritum esse.") L. 1. §. 5. D. *de V. O.* („Sed si mihi Pamphilum, stipulanti, tu Pamphilum et Stichum spoponderis, Stichi adjectionem pro supervacuo habendum esse puto: nam si tot sunt stipulationes, quot corpora, duae sunt quodammodo stipulationes, una utilis, altera inutilis: neque vitiatur utilis per hanc inutilem.") — L. 12. pr. D. *de precario* XLIII, 26. — *Averanii* interpret. IV. c. 12. nr. 8—11.

14) a) L. 29. D. *de reg. jur.* („Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.") L. 201. *eod.* — L. 1. pr. D. *de regula Catoniana* XXXIV, 7. L. 41. §. 1. 2. D. *de leg.* — b) §. 2. in f. I. *de inutil. stipul.* (Note 5.). L. 83. §. 5. D. *de V. O.* („— Nam et cum quis rem profanam, aut Stichum dari promisit, liberatur, si sine facto ejus res sacra esse coeperit, aut Stichus ad libertatem pervenerit. Nec revocatur in obligationem, si rursus lege aliqua et res sacra profana esse coeperit, et Stichus ex libero servus effectus sit.") L. 137. §. 6. in f. *eod.* („Non enim secundum futuri temporis jus, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio.") — *Averanii* interpr. IV. c. 21. 22. Vgl. auch *Al. ab Alexandro* dier. genial. III, 1.

§. 114.

Convalescenz und Verwandlung der Rechtsgeschäfte.

I) Eine Convalescenz oder Giltigwerdung der R. G. erfolgt 1) für die bedingten Geschäfte, wenn beim Eintritt der Bedingung der anfängliche Mangel gehoben ist [1]), falls nicht die streng juristische Natur des Geschäfts ein Anderes

mit sich bringt[2]). In der Regel auch 2) wenn die Ungiltigkeit entweder in dem Mangel einer erforderlichen Einwilligung ihren Grund hatte, diese aber später hinzutritt[3]), oder in der mangelnden, später aber erworbenen Dispositions-Befugniß[4]). Auch giebt es 3) Fälle, wo aus besonderen Gründen wider die sonstige Regel wegen wegfallenden Hindernisses ein Geschäft convalescirt, das Anfangs ungiltig war, oder es später geworden ist[5]). II) Eine Umwandlung des R. G. ist von folgenden Bedingungen abhängig: 1) es muß das Geschäft alle Erfordernisse desjenigen haben, in welches dasselbe verwandelt wird[6]); 2) es darf keinem Zweifel unterliegen, daß nach dem Willen der Disponenten das Geschäft so gut, wie möglich, gelten und bestehen soll[7]). Bisweilen muß dies aber ausdrücklich erklärt seyn[8]).

1) L. 41. §. 2. D. *de leg.* 1. L. 1. §. 2. L. 4. D. *de reg. Catoniana* XXXIV, 7. L. 31. L. 98. pr. D. *de V. O.*

2) §. 1. I. *quib. non permitt. fac. test.* L. 49. §. 1. L. 59. §. 4. D. *de hered. inst.* XXVIII, 5. (Vgl. L. 62. *eod.*)

3) S. oben §. 100. Note 3., vgl. mit Note 4. u. 7. ebendas., auch Note 1. §. 113.

4) L. 4. §. 6. D. *de off. proc.* I, 16. L. 20. L. 41. D. *de pign. act.* XIII, 7. L. 42. D. *de usurp.* XLI, 3. L. 5. C. *si aliena res pign. data sit* VIII, 16. — S. übrigens L. 2. §. 2. D. *quod jussu* XV, 4. L. 20. D. *qui et a quib. manumissi* XL, 9.

5) L. 4. L. 27. L. 65. §. 1. D. *de ritu nupt.* XXIII, 2. L. 1. §. 1. und 5. D. *de leg.* 3.

6) L. 5. pr. D. *de resc. vend.* XVIII, 5. („Cum emtor venditori, vel emtori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur, id agentis, ut a negotio discedatur, et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quicquam peteret: *sed ut evidentius appareat, acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis valet.*") L. 19. pr. D. *de acceptilatione* XLVI, 4.

7) L. 8. pr. D. *de acceptil.* („An inutilis acceptilatio utile habeat pactum, quaeritur? Et nisi in hoc quoque contra sensum est, habet pactum. Dicet aliquis: potest ergo non esse consensus: cur non possit? Fingamus, eum, qui accepto ferebat, scientem prudentemque, nullius esse momenti acceptilationem, sic accepto tulisse: quis dubitat, non esse pactum, cum consensum paciscendi non habuerit.") — L. 1. §. 4. D. *de constituta pecunia* XIII, 5. („Eum, qui inutiliter stipulatus est, cum stipulari voluerit, non constituti sibi, dicendum est, de constituta experiri non posse: quoniam non animo constituentis, sed promittentis factum sit.") L. 1. §. 2. in f. *de V. O.* — L. 9. D. *de sponsalib.* XXIII, 1. — L. 1. D. *de jure codicillor.* XXIX, 7.

8) L. 41. §. 3. D. *de vulg. et pup. subst.* XXVIII, 6. L. 8. pr. C. *de codicill.* VI, 36. — Vgl. Weber zu Höpfner §. 628. Note *.

§. 115.

Auslegung der Rechtsgeschäfte *).

Die Auslegung der Rechtsgeschäfte ist, wie die gesetzliche, entweder eine authentische [1]), oder eine wissenschaftliche, und diese ist auch hier in die grammatische und logische einzutheilen. Auch die Interpretations-Grundsätze selbst sind meistens dieselben für die Auslegung der Gesetze und der Rechtsgeschäfte, so wie denn auch das Verhältniß der grammatischen zur logischen Interpretation hier auf ähnliche Art zu bestimmen ist [2]). Doch giebt es einzelne Verschiedenheiten zwischen beiden. So ist I) die authentische Interpretation der R. G. Beschränkungen unterworfen, an die der Gesetzgeber nicht gebunden ist [3]), und außer bei Testamenten [4]) und Richtersprüchen [5]) kann sie in der Regel überhaupt nicht einseitig erfolgen [6]). II) Bei der Doctrinal-Interpretation ist eine Hauptregel, vor Allem die Natur des Geschäfts selbst zu berücksichtigen (§. **104.** Note **5**). Außerdem giebt es A) einige Regeln, die, wenngleich abgeleitet aus allgemeinen Prinzipien, doch für R. G. eine ganz eigenthümliche Bedeutung haben: **1**) Zweifelhafte und unbestimmte Ausdrücke in gerichtlichen Anträgen sind stets in dem Sinne zu verstehen, welcher am wirksamsten und vortheilhaftesten für die Partei und ihre Zwecke ist [7]). Diese vortheilhafte Interpretation gilt **2**) ganz insonderheit auch für die in den Rechten begünstigten Sachen (§. **68.** Note **10.**), d. h. sie wird angenommen, so oft sie nicht geradezu dem Wortverstand widerstreitet [8]), oder spezielleren Rechts-Regeln, welche als solche vorgehen [9]). **3**) Verträge sind im Zweifel für den Verpflichteten auszulegen, also von dem geringsten Grad der Verbindlichkeit zu verstehen [10]). Sind sie gegenseitige, so erfolgt in zweifelhaften Fällen die Auslegung wider Den, von welchem nach der Natur des Verhältnisses die Bedingungen gestellt zu werden pflegen [11]). B) Die allgemeinen Regeln für Auslegung und Anwendung aber, von denen am häufigsten bei Rechtsgeschäften Gebrauch gemacht wird, sind folgende: **1**) bei völlig dunklen und unverständlichen Aeußerungen kann von einer Auslegung überall nicht die Rede seyn [12]); **2**) im Zweifel ist anzunehmen, daß von dem eigenthümlichen und ge-

wöhnlichen Wortsinn nicht abgewichen sei [13]); 3) Schlußfolgerungen, um Zweck und Absicht zu erkennen, sind herzunehmen von den Subjecten, vom Gegenstande, vom Orte, von den Umständen, unter welchen das Geschäft zu Stande kam, von dem, was in diesem Verhältnisse gewöhnlich, oder in ähnlichen Fällen befolgt ist, insonderheit aber darf die Rücksicht auf den ganzen Zusammenhang der Rede nicht außer Acht gelassen werden [14]); 4) die Auslegung muß sich soviel als möglich an das öffentlich sanctionirte Recht anschließen, also im Zweifel voraussetzen, daß hievon nicht abgewichen sei [15]); 5) ein unbestimmter und allgemeiner Ausdruck ist zwar in seiner vollen Bedeutung zu verstehen [16]), doch gilt auch hier die Regel: species generi derogat [17]); 6) es ist die Auslegung eher anzunehmen, wonach ein Geschäft besteht, und möglichst wirksam besteht, als wonach das Gegentheil eintritt [18]); 7) die mildere Ansicht ist der strengeren vorzuziehen [19]), mithin auch diejenige, nach welcher ein Schuldner am wenigsten verbindlich erscheint [20]). — Diese beiden letzteren Vorschriften sind eigentlich als die Grundlage der oben (unter A) vorgetragenen besonderen Regeln anzusehen, wovon die näheren Anwendungen am geeigneten Orte vorgetragen werden sollen [21]).

*) *Averanii* interpr. jur. Lib. II. c. 30. III. c. 17—25. IV. c. 1—3. 9—11. 13. 14. 17. V. c. 1—11. *G. C. Hofacker* princ. jur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 223—230. *C. Sal. Zachariae* liber quaestion. I, 5.

1) L. 96. D. *de reg. jur.* L. 21. §. 1. D. *qui testam. fac. possunt* XXVIII, 1.

2) S. oben §. 58. — Vgl. *Averanius* l. l. III. c. 19. nr. 5 sqq. IV. c. 11.

3) Denn, so wichtig auch die auth. Interpr. d. R. G. für zweifelhafte Fälle ist (quilibet est optimus verborum suorum interpres), so muß ihr Resultat doch wenigstens möglicherweise auch nach den Regeln der Doctrinal-Interpretation bestehen können (s. auch Danz ordentl. Prozeß §. 451., ferner L. 7. §. 2. D. *de supell. leg.* — oben §. 60. Note 6.); vgl. mit §. 51. Note 2. §. 54. Note 2. u. den das. angef. Schr.)

4) L. 21. §. 1. D. *qui test. fac. poss.*

5) L 83. §. 1. D. *de V. O.* („Si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit; quod et in judiciis Aristo existimavit: sed hic magis est, ut is petitus videatur, de quo actor sensit: nam stipulatio ex utriusque consensu valet, judicium autem etiam in invitum redditur, et ideo actori potius credendum est; alioquin semper negabit reus se consensisse.") — *Averanius* l. l. II, 30. nr. 4 sqq.

6) L. 12. D. *de transact.* II, 15. („Non est ferendus, qui generaliter de his, quae testamento ei relicta sunt, transegerat, si postea causetur, de eo solo cogitasse, quod prima parte testamenti, ac non etiam, quod posteriore legatum sit.") L. 83. §. 1. L. 99. pr. in f. D. *de V. O.* — Vgl. L. 52. pr. *eod.* et L. 9. D. *de stipul. praetor.* XLVI, 5. („In praetoriis stipulationibus, si ambiguus sermo acciderit, Praetoris erit interpretatio: ejus enim mens aestimanda est.")

7) L. 66. D. *de jud.* V, 1.

8) L. 18. D. *de manumiss. test.* XL, 4. L. 20. et 179. D. *de reg. jur.* — L. 70. D. *de jure dot.* XXIII, 3. L. 85. pr. D. *de reg. jur.* — arg. L. 5. in f. D. *test. quemadm. aperiantur* XXIX, 3. L. 17. §. 1. *de leg.* I. L. 24. (25.) D. *de reb. dub.* XXXIV, 5. L. 12. D. *de reg. jur.* — Wenn bisweilen bei einzelnen Entscheidungen die Gründe nicht sowohl die Anwendung eigentlicher Interpretationsregeln enthalten, als vielmehr geradezu aus dem favor causae abzuleiten sind (dahin möchten wohl die Fälle in L. 17. §. 1. *de leg.* I. und L. 13. (14.) pr. D. *de reb. dub.* zu rechnen seyn), so dürfen wir sie nur als jura singularia behandeln.

9) Z. B. L. 2. D. *de lib. et posth.* XXVIII, 2. — L. 67. §. 8. D. *de leg.* 2. — L. 17. D. *de reg. jur.*

10) L. 99. pr. D. *de V. O.* („Quicquid adstringendae obligationis est, id, nisi verbis exprimatur, omissum intelligendum est"). — L. 38. §. 18. *eod.* L. 26. D. *de reb. dub.*

11) L. 39. D. *de pact.* L. 21. 33. D. *de contr. emt.* XVIII, 1. L. 172. pr. D. *de reg. jur.*

12) L. 73. §. 3. D. *de reg. jur.* — *Averanius* Lib. IV. c. 13. 14.

13) L. 25. §. 1. L. 69. pr. *de leg.* 3. — *Averanius* Lib. III. c. 17. nr. 6 sqq. c. 18. nr. 4 sqq. c. 19. nr. 1 sqq.

14) S. §. 62. Note 2—7. §. 63. Note 3. — Vgl. *Averanius* IV. c. 9. 10. (über L. 114. D. *de reg. jur.* „In obscuris inspici solere, quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet.") — Lib. V. c. 2. 3. 5—9.

15) L. 16. D. *de cond. et demonstr.* XXXV, 1.

16) L. 79. pr. D. *de leg.* 3. — L. 127. D. *de V. S.* — L. 23. D. *de serv. pr. urb.* VIII, 2. *Averanius* Lib. III. c. 20. 21. 25. L. 127. *de V. S.*

17) L. 80. D. *de reg. jur.* L. 126. D. *de V. S.* L. 18. §. 11. D. *de instructo vel instrum. leg.* XXXIII, 7. *Averanius* L. III. c. 22. — Vgl. L. 9. pr. D. *de supell. leg.* XXXIII, 10. — *Averanius* L. III. c. 23. 24.

18) L. 12. D. *de reb. dub.* XXXIV, 5. — *Averanius* L. V. c. 1. 11.

19) L. 56. D. *de reg. jur.*

20) L. 9. L. 34. D. *de reg. jur.* („Semper in stipulationibus et in caeteris contractibus id sequimur, quod actum est, aut si non pareat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur. Quid ergo, si neque regionis mos appareat, quia varius fuit? ad id, quod minimum est, redigenda summa est.") *Averanius* L. IV. c. 17.

21) S. Bd. II. §. 346. Bd. III. §. 657. Vgl. *Averanius* Lib. IV. c. 1—3. Lib. V. c. 1.

Drittes Kapitel.

Regeln über Erwerb, Verluſt, Erhaltung und Ausübung der Rechte.

§. 116.

I. Vom Rechtserwerb. 1) Erwerbsarten.

In Anſehung ihres Erwerbsgrundes ſind die Rechte entweder angeborene (ſ. g. Urrechte), oder erworbene [1]), dieſe aber haben ihren Grund bald in einer auf Rechtserwerb gerichteten Handlung, bald in der unerlaubten Handlung eines Dritten, bald in einer geſetzlichen Beſtimmung. Die Erwerbungshandlung (die eigne, wie die eines Stellvertreters) begründet das Recht entweder geradezu und unmittelbar (z. B. Occupation), oder vermittelſt einer Uebertragungs-Handlung; hierauf pflegen die Neueren die Eintheilung der Erwerbungsarten in urſprüngliche und abgeleitete zu gründen. Ein abgeleiteter Erwerb heißt auch Succeſſion, und Der, an deſſen Stelle man tritt, der Auctor; die Succeſſion aber iſt entweder ſ. g. Univerſal- oder Singular-Succeſſion (per universitatem und in singulas res succ.) [1a]). Dabei läßt ſich denn wieder das Recht auf den Erwerb von dieſem ſelbſt unterſcheiden, — ein Unterſchied, den man auch wohl durch titulus [2]) und modus adquirendi bezeichnet [3]).

1) L. 1. §. 13. D. *quod legator.* XLIII, 3. L. 3. §. 2. D. *de itinere actuq. priv.* XLIII, 19.

2) Vgl. L. 33. C. *de don.* VIII, 54. L. 8. pr. C. *de bon., quae liber.* VI, 61. „— — titulo donationis, vel contractus alterius —."

3) Hugo civiliſt. Magaz. Bd. I. Nr. XI. (S. 83 fgg. d. 2. A.) u. Bd. IV. Nr. VI. (vollſtändige Darſtellung der Lehre von justus titulus und dem ſogenannten modus adquirendi). — Thibaut Verſuche Bd. I. Nr. XI.

§. 117.

2) Allgemeine Regeln über Rechtserwerb.

Außer dem, was über die Begründung von Rechten bereits vorgetragen iſt (§. 74. a. E. u. §. 90 fgg.) und unten in einem anderen Zuſammenhange noch vorkommen wird (§. 120. 122 fg. 130 fg.), bemerke man hier noch Folgendes:

1) jeder Rechtserwerb ist regelmäßig durch das Vorhandenseyn eines rechtlichen Interesses bedingt [1]); dies ist indessen nicht blos nach einem individuellen Maaßstabe zu bestimmen, und auch da, wo es ganz fehlt, darf doch Niemandem sein erworbenes Recht willkührlich entzogen werden [1a]). 2) Wer ohne einen rechtlichen Grund zum Schaden eines Anderen bereichert ist, soll den erhaltenen Vortheil wieder herausgeben [2]), am wenigsten aber kann 3) Jemandes Dolus oder unerlaubte Handlung für ihn Grund eines Rechtserwerbs werden [3]). 4) Wer in das Recht eines Dritten eintritt, erhält in der Regel dasselbe in dem nämlichen Umfange, wie sein Vorgänger [4]).

1) L. 60. D. *de pact.* II, 14. L. 8. pr. L. 15. pr. D. *de servit.* VIII, 1. (Vgl. L. ult. C. *de pact. int. emt. et vendit.* IV, 54.).

1a) Diesen sich von selbst verstehenden Satz leitet man wohl aus der L. 19. D. *de servit.* her. Thibaut civilist. Abhandl. S. 46. Vgl übrigens unten Bd. II. §. 280. Note 3.

2) L. 14. D. *de cond. indebiti.* XII, 6. L. 206. D. *de reg. jur.* — L. 6. §. 6. L. 37. pr. D. *de negot. gest.* III, 5. L. 13. §. 1. D. *de cond. ind.* L. 4. §. 23. D. *de doli mali et met. exc.* XLIV, 4. — Vgl. W. Sell Vers. im Gebiete des Civilr. (Gießen 1833.) I. Nr. I. u. unten Bd. II. §. 455.

3) L. 134. §. 1. D. *de reg. jur.* L. 31. D. *de recept.* IV, 8. L. 69. 70. D. *de rei vind.* VI, 1. L. 10 §. 1. D. *soluto matrim.* XXIV, 3. L. 14. §. 3. D. *de furt.* XLVII, 2. — S. auch oben §. 94. Note 10.

4) L. 177. pr. D. *de reg. jur.* („Qui in jus, dominiumve alterius succedit, jure ejus uti debet.") L. 175. §. 1. *eod.* („Non debeo melioris conditionis esse, quam auctor meus, a quo jus in me transit.") L. 143. u. L. 156. §. 1. *eod.* (Vgl. meine Cession d. Ford. R. §. 54. Note 81.) L. 2. pr. L. 6. D. *de her. vel act. vend.* XVIII, 4. — Uebr. s. L. 7. §. 12. D. *de publ. in rem act.* VI, 2. L. 4. §. 27. D. *de d. m. et m. exc.* XLIV, 4. L. 6. D. *de jure fisci* XLIX, 14.

§. 118.

II) Vom Rechtsverlust, 1) im Allgemeinen.

Die Gründe eines Rechtsverlusts sind entweder unfreiwillige oder freiwillige. I) Zu jenen gehören 1) das Wegfallen der ursächlichen Bedingungen eines Rechts [1]), also auch Untergang des Objects [2]); 2) der Eintritt einer Resolutiv-Bedingung oder Zeitbestimmung [3]); 3) Versäumniß oder Verjährung (§. 122.); 4) das Zusammentreffen von Recht und Verbindlichkeit in einer Person (confusio) [4]); 5) das Zusammentreffen zweier lucrativen Erwerbsgründe [5]); 6) Zurücknahme

eines auf willkührlichen Widerruf ertheilten Rechts[6]); 7) Rechtsentziehung zur Strafe (z. B. Confiscation), oder wegen Undanks, oder wegen Mißbrauchs des Rechts[7]), oder wegen nicht erfüllten Modus[7a]). Endlich 8) dürfen hier die Fälle nicht ganz mit Stillschweigen übergangen werden, in welchen ein an sich bestehendes Recht auf gerichtlichem Wege wieder aufgehoben werden kann. II) Die Gründe eines freiwilligen Rechtsverlusts lassen sich insgesammt durch den Ausdruck Verzicht bezeichnen, wohin denn insonderheit die Veräußerung[8]) gehört, d. h. das Aufgeben der bereits wirklich erworbenen Rechtsobjecte[9]). Erfolgt es vermittelst einer Rechtsübertragung, so ist dies Veräußerung im e. S.[10]). — Uebrigens kann man die obigen Gründe noch in solche eintheilen, welche von selbst ihre Wirkung äußern, oder wobei diese erst noch durch einen besonderen Act, z. B. durch eine gerichtliche Handlung, zu vermitteln ist[11]).

1) L. 136. §. 1. D. *de V. O.* XLV, 1. — Vgl. oben §. 113.
2) L. 5. §. 2. D. *quib. mod. ususfr. et usus amitt.* VII, 4. L. 8. pr. D. *quib. mod. pign. solv.* XX, 6. §. 16. I. *de legat.* L. 92. pr. D. *de solut.* XLVI, 3.
3) L. 11. §. 1. D. *quemadm. serv. amitt.* VIII, 6. L. 4. §. 3. D. *de in diem add.* XVIII, 2. L. 3. D. *quib. mod. pign. v. hyp. solv.* L. 3. §. 3. C. *comm. de leg.* VI, 43.
4) L. 18. D. *de serv.* VIII, 1. L. 30. pr. D. *de S. P. U.* VIII, 2. L. 2. §. 18. D. *de h. v. a. v.* XVIII, 4. L. 6. D. *de manumiss. test.* XL, 4. L. 71. D. *de fidejussor.* XLVI, 1. L. 75. L. 95. §. 2. D. *de solut.* XLVI, 3.
5) L. 17. D. *de O. et A.* XLIV, 7. §. 6. I. *de leg.*
6) *Nic. Chr. Lynker* Tr. de beneplacito. (rec.) Witteb. 1743. 4. — Vgl. oben §. 81. Nr. III.
7) S. §. 81. Nr. III. Note 7. u. unten Bd. II. §. 301. Nr. II. 5. und §. 415. Nr. II. 2. Note 9.
7a) S. z. B. L. 10. pr. D. *de fideic. lib.* XL, 5. — Vgl. oben §. 111.
8) Diese braucht freilich nicht gerade vom Eigenthümer zu erfolgen, um rechtliche Wirkungen zu erzeugen. S. L. 8. §. 2. D. *de alienat. jud. mut. causa facta* IV, 7. — Tit. Just. *quib. alien. lic. v. non.*
9) L. 28. pr. D. *de V. S.* („Alienationis verbum etiam usucapionem continet: vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Eum quoque alienare dicimus, qui non utendo amisit servitutes. *Qui occasione adquirendi non utitur, non intelligitur alienare:* velut, qui hereditatem omittit, qui optionem, intra certum tempus datam non amplectitur.") L. 9. §. 1. D. *de auct. tut.* XXVI, 8. („Ex hoc autem, quod pupillus nullam rem sine tutoris auctoritate alienare potest, apparet, nec manumittere eum sine tutoris auctoritate posse.") L. ult. C. *de reb. alien. non alienand.* IV, 51.
10) L. 1. §. 25. D. *si quid in fraudem patr.* XXXVIII, 5.
11) §. 1. I. *de except.* — L. 13. §. 2. C. *de jud.* III, 1.

§. 119.

2) Insbesondere a) vom Verzicht *).

Die Lehre vom Verzicht beruht auf folgenden Grundsätzen: I) Auf sein Recht zu verzichten ist Jedem gestattet [1]), sofern man darin nicht durch Bestimmungen des jus publicum, oder durch Verpflichtungen gegen Andere beschränkt ist [2]). II) Ein Verzicht ist im Zweifel nicht als vorhanden anzunehmen [3]), auch so wenig umfassend wie möglich (strict) zu interpretiren [4]), daher im Zweifel nur auf den gegenwärtigen Fall zu beziehen [5]). Daß ein allgemeiner Verzicht nicht gelte, sondern das Recht, worauf man verzichtet, immer speziell angegeben werden müsse, ist wenigstens nicht für eine allgemein giltige Regel zu halten [6]). III) Einseitige Beschränkung oder Zurücknahme eines Verzichts findet natürlich nicht Statt (ad renuntiata non datur regressus) [7]).

*) *C. Ziegler* D. de renuntiationibus. Vit. 1667. 4.

1) L. 29. C. *de pact.* II, 3. — L. 21. D. *de minor.* IV, 4.

2) c. 1. 4. 15. X. *de renuntiatione* I, 9. — c. 12. X. *de foro comp.* II, 2. — c. 3. 6. X. *de divort.* IV, 19. — L. 34. D. *de pact.* II, 14. L. 34. pr. D. *de S. P. R.* VIII, 3. — *Hommel* rhapsod. quaestion. obs. 273. — *E. F. Pfotenhauer* D. utrum et quatenus legib. praesertim prohibitivis renuntiari possit. Vit. 1792. 4.

3) c. 5. X. *de renunt.*

4) Arg. L. 56. D. *de reg. jur.* L. 87. D. *de leg.* I. L. 26. D. *de reb. dub.* XXXIV, 5. L. 21. C. *ad Sct. Vellej.* IV, 29. L. 35. §. 1. C. *de inoff. test.* III, 28.

5) c. 2. X. *de renunt.* — Arg. L. 5. D. *de transact.* II, 15.

6) Man gründet diese vermeintliche Regel auf L. 4. §. 4. D. *si quis cautionib. in jud. sist. c. fact. non obt.* II, 11. („Quaesitum est, an possit conveniri, ne ulla exceptio in promissione deserta judicio sistendi causa facta objiciatur? et ait Atilicinus, conventionem istam non valere. Sed ego puto, conventionem istam ita valere, si specialiter causae exceptionum expressae sint, quibus a promissore sponte renuntiatum est.") S. *Schulting* enarrat. part. primae Dig. II, 11. §. 7. — Vgl. *Sam. Stryk* in usu mod. Pand. II, 11. §. 9. — Derselb. caut. contr. Sect. I. c. 5. §. 2. 3.

7) L. 11. C. *de reb. cred.* IV, 1. c. 3. X. *de renunt.*

§. 120.

b) Von der Rechtsübertragung.

Die Rechtsübertragung theilt man ein in die rein übertragende (s. g. translativa), und die constitutive [1]), d. i. die-

jenige, wodurch das Recht, dessen man sich entäußert, seinem Wesen und Begriffe nach bei dem Erwerber als ein ganz anderes erscheint, wie bei dem Veräußernden (z. B. Bestellung eines Pfand- oder Servitutenrechts). Man kann jede Rechtsübertragung auch Cession im w. S. nennen; insbesondere wird dieser Ausdruck entweder von der alten in jure cessio, oder von der Cession der Forderungsrechte gebraucht [2]). Daß man Anderen kein Recht abtreten kann, worauf ein Verzicht nicht möglich ist, versteht sich wohl von selbst [3]); dagegen giebt es Rechte, welche aufgegeben, nicht aber auf Andere übertragen werden können, z. B. das Nießbrauchsrecht [4]), die an die Person geknüpften Privilegien, Geschlechts- und Adels-Rechte u. dgl. m. [5]). Früher hielt man in Rom auch die Forderungsrechte für unveräußerliche Objecte, und nur durch Delegation, oder durch Bestellung zum in rem suam procurator und Litiscontestation wurde die Uebertragung vermittelt [6]).

1) S. *C. A. Günther* princ. jur. Rom. priv. T. I. §. 284. Nr. II.

2) *Brisson.* v. *cedere* §. 3.

3) Vgl. J. F. Eisenhart Erzähl. besonderer Rechtshändel Bd. III. Nr. XI.

4) *Gaji* inst. II. §. 30. — Vgl. L. 12. §. 2. D. *de usufr.* VII, 1. L. 3. D. *si ususfr. pet.* VII, 6.

5) S. z. B. L. 6. §. 2. D. *quae in fraud. creditor.* XLII, 8. (Vgl. Bd. III. §. 704. Note 3.) — Meine Cession §. 26. Nr. I. auch §. 27. Nr. 13.

6) L. 11. pr. D. *de novat.* XLVI, 2. L. 3. C. *de novat. et deleg.* VIII 42. (S. meine Cession §. 4.)

§. 121.

Wirkung der Rechtserlöschung.

Mit dem Recht selbst erlöschen auch alle Nebenrechte und Folgen desselben [1]), und das einmal erloschene Recht wird in der Regel nicht anders wiederhergestellt, als wenn Alles zu dessen Begründung Erforderliche beobachtet ist [2]). Doch wird dem Verlierenden sein Recht bisweilen durch richterliche Restitution wieder gegeben (§. 158 fgg.), oder durch das Postliminium [3]): auch convalesziren in manchen Fällen aufgehobene Rechte, wenn der Grund ihrer Vernichtung wieder weggefallen ist (s. darüber §. 114. I, 3.).

1) §. 118. Note 2. — *Gaji* inst. I. §. 128. §. 6, I. *de cap. dem.*

2) L. 27. §. 2. D. *de pact.* II, 14. L. 10. §. 9. D. *de in rem verso* XV, 3. L. 98. §. 8. D. *de solut.* XLVI, 3. — S. §. 113. a. E. Nr. 3.

3) §. 5. I. *quib. mod. patr. pot. solv.* T. Dig. XLIX, 15. *de captivis, et de postliminio, et redemtis ab hostibus.*

§. 122.

Von der Verjährung, als Grund eines Rechtserwerbs oder Verlusts *). 1) Begriff und Arten.

Unter Verjährung [1]) verstehen wir im Allgemeinen jede durch Zeitablauf begründete Rechtsveränderung. Die Verjährung ist des Gemeinwohls wegen eingeführt, damit Festigkeit und Sicherheit der Rechtsverhältnisse begründet werde [2]). Man theilt die Verjährung ihrem Grunde nach ein in die gesetzliche, die richterliche, die vertragsmäßige und die testamentarische. Doch ist es angemessener, den Begriff auf die erstere zu beschränken [3]), auf welche das erwähnte legislative Princip, so wie die jetzt folgenden Begriffe und Grundsätze sich auch ausschließlich beziehen. Sie ist I) nach ihrer Zeitdauer entweder eine bestimmte (pr. definita), oder unbestimmte (pr. indefinita, s. g. Immemorial-Verjährung) [4]). II) Ihrer Wirkung nach ist sie entweder eine rechtsbegründende, oder eine rechtsaufhebende. Die Hauptart der ersteren ist die Ersitzung, d. h. Begründung des Eigenthums und anderer s. g. dinglicher Rechte durch fortgesetzten Besitz [5]); doch beschränkt sich ihre Anwendung darauf nicht [6]). Die aufhebende Verjährung beruht im Allgemeinen darauf, daß binnen einer gewissen Zeit etwas nicht geschehen ist, woran das Gesetz die Erwerbung oder Erhaltung von Rechten knüpft. Sie kann namentlich Successions-Rechte zerstören [7]), den Erwerb einer angefallenen Erbschaft hindern [8]), das Recht von einer Immunität Gebrauch zu machen für einzelne Fälle aufheben [9]), Klage- (seltner Exceptions-) Rechte vernichten [10]). Von den verschiedenen Anwendungen dieser Begriffe erscheinen als die wichtigsten die Ersitzung und die Klagen-Erlöschung, worauf auch die Ausdrücke: erwerbende und erlöschende Verjährung, so wie die meisten rechtlichen Vorschriften über Verjährung, vorzugsweise zu beziehen sind [11]).

*) *Jac. Ravii* principia univ. doctrinae de praescr. adquisitiva et extinctiva, definita et indefinita. Jen. 1766. 8. et c. not. *J. B. C. Eichmann.* Hal. 1780. — A. J. F. Thibaut üb. Beſitz u. Verjährung (Jena 1802.) Th. II. — C. C. Dabelow üb. die Verjährung Bd. I. u. II. Halle 1805. u. 1807. 8., — vorzüglich aber: K. A. D. Unterholzner ausführliche Entwickelung der geſammten Verjährungslehre Bd. I. u. II. Leipz. 1828. 8.

1) Die Neueren pflegen dafür ſchlechthin den Ausdruck praescriptio zu gebrauchen, was bei den Römern nie, auch nicht in den neueſten Conſtitutionen geſchieht. (Doch ſ. die Rubr. des Codextitels: *de praescr.* 30 vel 40 annor. VII, 39.) M. vgl. über die Bedeutung u. Anwendung des Worts auf unſere Lehre: *Brisson.* v. *praescribere* § 1. u. 3. *H. Donelli* comment. jur. civ. Lib. V. c. 4. in f. Unterholzner a. a. O. §. 3. — S. auch v. Savigny das Recht des Beſ. §. 2.

2) L. 1. D. *de usurp.* XLI, 3. L. ult. pr. D. *pro suo* XLI, 10. L. 2. pr. D. *de aq. et aq. pluv. arc. a.* XXXIX, 3. Unterholzner a. a. O. §. 27.

3) S. Unterholzner a. a. O. §. 1. Nr. 3—6.

4) S. hierüber Bd. II. §. 269.

5) K. A. D. Unterholzner die Lehre von d. Verjährung durch fortgeſetzten Beſitz. Bresl. 1815. 8.

6) L. 2. C. *de l. t. praescr., quae pro lib. opp.* VII, 22. — Vgl. Unterholzner ausführl. Entwickel. II. §. 290—293.

7) L. 2. §. 1. D. *qui pet. tut. v. cur.* XXVI, 6. L. 2. §. 23. u. 43. D. *ad SCt. Tertyll.* XXXVIII, 17. L. 3. C. *eod.* VI, 56. („— praescriptione — non petiti tutoris ad excludendam — successionem praescribi.")

8) §. 9. 10. I. *de bonor. poss.*

9) §. 16. I. *de excus. tut. et cur.*

10) Pr. I. *de perp. et temporal. act.* — S. auch noch Unterholzner ausführl. Entwickelung I. §. 1. Note 1.

11) Der Unterſchied beider Begriffe zeigt ſich am deutlichſten in den Fällen, wo der Verjährende im Beſitz einer Sache iſt, welche der Verlierende mit einer dinglichen Klage in Anſpruch nehmen kann; ſ. L. 8. §. 1. 2. 3. C. *de praescr. 30 vel 40 annor.* — Vgl. Thibaut a. a. O. §. 3. — Ueber andere Begriffe (z. B. die befreiende, die ſchützende Verjährung u. ſ. w.) ſ. *Rave* l. l. §. 15. u. §. 90. Dabelow a. a. O. Einleit. §. XI. XIX. Unterholzner ausführl. Entwickel. §. 2. — Vgl. auch Linde über Verj. des Proz. und der Litispendenz, in d. Zeitſchrift für Civilr. u. Proz. Bd. II. Nr. V. VI.

§. 123.

2) Allgemeine Rechtsgrundſätze über Verjährung.

Jede Verjährung iſt von folgenden Bedingungen abhängig: 1) Das Object muß an ſich dem Verjährungsrecht unterworfen ſeyn [1]), und wo das Geſetz ſie ausdrücklich verbietet, da findet auch nicht einmal die ſ. g. Immemorial-Verjährung

Statt [1a]). 2) Der Lauf der Verjährung darf nicht unterbrochen seyn [2]). 3) Sie fängt nicht eher an zu laufen, bis die rechtliche Möglichkeit zu klagen eingetreten ist; (actioni nondum natae non praescribitur) [3]). Ein Hinderniß zu klagen wird zwar gewöhnlich berücksichtigt, doch wird der Lauf der Verjährung nicht gehemmt, wenn es ein natürliches [4]), sondern nur wenn es ein juristisches Hinderniß ist [5]). Darum ist denn die Regel: agere non valenti non currit praescriptio, keineswegs allgemeingiltig [6]). Auch ist, selbst nach dem heutigen Recht, bona fides nicht zu aller Verjährung erforderlich [7]).

1) §. 1. I. *de usucap. et longi temp. praescript.* („Sed aliquando, etiamsi quis bona fide rem possedit, non tamen illi usucapio ullo tempore procedit, velut si quis liberum hominem, vel rem sacram, vel religiosam possideat.") L. 3. C. *de l. t. pr., quae pro lib.* VII, 22. („Sola temporis longinquitate, etiamsi sexaginta annorum curricula excesserit, libertatis jura minime mutilari oportere, congruit aequitati.") L. 6. in f. C. *de praescr.* 30 *v.* 40 *ann.* VII, 39. C. 8. in f. X. *de consanguinitate et affinitate* IV, 14. — S. auch die folg. Note.

1a) A. M. sind *J. H. Böhmer* D. de praescr. contra leges (in exerc. ad Pand. T. V. Nr. 83.) §. 17 fg. und *Leyser* med. ad Pand. sp. 461. M. 1 sqq.). — Man bem. übrigens: Verjährung als jus singulare darf überhaupt nicht ohne gesetzliche Begründung oder Anerkennung angenommen werden (s. auch Unterholzner Bd. I. §. 25. 26.), was jedoch von der s. g. unvordenklichen Verjährung, der dabei eintretenden eigenthümlichen Voraussetzung wegen (§. 269. Nr. 1.), nicht gilt. Ist jedoch ein Object seiner Natur nach zur Verjährung überall nicht geeignet, oder hat das Gesetz alle Verjährung verboten (s. die Note 1.), so darf man sich auf Verjährung überall nicht berufen, mithin kann darauf auch die Voraussetzung: ein Recht sei auf gehörige Art begründet, nicht gestützt werden.

2) L. 2. C. *de praescr. longi temp.* VII, 33. — Vgl. L. 10. *eodem.* L. 26. C. *de rei vind.* III, 32. L. 2. C. *de annali exc. ital. contr.* VII, 40.

3) L. 7. §. 4 L. 8. §. 4. C. *de pr.* 30 *v.* 40 *ann.* — L. 9. §. 3. D. *de pign. act.* XIII, 7. L. 13. § 4. D. *de pign. et hyp.* XX, 1. — Vgl. Thibaut a. a. O. §. 43.

4) L. 1. §. 1. D. *ex quib. caus. maj. in int. rest.* IV, 6. L. 1. §. 9. D. *de itinere actuq. priv.* XLIII, 19. c. 10. X. *de praescr.* II, 26. — *D. Mevii* decis. P. IV. dec. 149. *J. H. Boehmer* D. de eo, quod justum est durante justitio (exercit. ad Pand. T. II. Nr. 25.) c. II. §. 13 sqq.

5) L. 1. §. 2. C. *de annali exc. ital. contr. toll.* („— Sancimus, filiisfamilias in omnibus his casibus, in quibus habent res minime patribus suis acquisitas, nullam temporalem exceptionem opponi, nisi ex quo actionem movere potuerint, i. e. postquam manu paterna, vel ejus, in cujus potestate erant constituti, fuerint liberati.") — L. 22. §. 11. in f. C. *de jure delib.* VI, 30. §. 29. I. *de rer. divis.* — c. 14. 15, X. *de praescr.*

6) S. Thibaut a. a. O. §. 24. a. E. und Unterholzner Bd. I. S. 290.

7) L. 8. §. 1. in f. D. *de praescr.* 30 *v.* 40 *annor.* — A. M. ist Thibaut §. 20., wegen c. ult. X. *de praescr.* („Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali judicio definimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio, tam canonica, quam civilis. — Unde oportet, ut, qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.") S. indessen *J. H. Boehmer* jus eccl. protest. Lib. II. Tit. 26. §. 54. und C. A. Möllenthiel üb. die Natur des guten Glaubens bei der Verj. (Erl. 1820.) §. 19 fgg. u. besonders das. §. 25. bis zu Ende. — Vgl. auch Dabelow a. a. O. II. S. 299 fgg. Unterholzner Bd. I. §. 92.

§. 124.

III. Von Sicherung der Rechte.

1) Uebersicht der Sicherungsmittel.

Die Jemandem zur Befestigung und Sicherung seiner Rechte zu Gebote stehenden Mittel beruhen entweder auf gesetzlicher Bestimmung, oder auf Privatdisposition, und was die Art ihrer Anwendung betrifft, so bedarf es dazu bald richterlicher Mitwirkung, bald ist diese nicht erforderlich. Meistens nun kann von diesen Mitteln nur bei den besonderen Materien die Rede seyn. So wird im speziellen Theile von der Arrha [1]), der Conventional-Strafe [2]), von Pfand- und Bürgschafts-Bestellung, von der Sequestration [3]) gehandelt werden, vom Retentionsrecht und den missiones in bona aber in dem Kapitel von der Rechtsverfolgung (dem nächstfolgenden), wohin auch die Lehre vom Arrest [4]) gehören würde, wenn sie nicht einer ganz anderen Disciplin, der Theorie des Civilprozesses, zuzuweisen wäre. Hier bleiben denn also nur folgende noch zu erwähnen übrig: Protestationen und Reservationen, Cautions-Leistung, und Errichtung eines Inventars, welches, als Grundlage einer Rechnungs-Ablegung, eins der wichtigsten Sicherungsmittel ist.

1) Pr. I. *de emt. et vend.* L. 17. C. *de fide instrum.* IV, 21.

2) §. ult. I. *de V. O.* L. 68. D. *eod.*

3) L. 110. D. *de V. S.* L. 22. §. 8. D. *sol. matrim.* XXIV, 3. — L. 21. §. 3. D. *de appell.* XLIX, 1. — Tit. C. *de prohibita sequestratione pecuniae* IV, 4.

4) Reichs-Absch. von 1594. §. 81—87. — *Jo. Sam. Brunquell* D. de processu arresti ad effect. sistendi (opusc. nr. VII.).

§. 125.

2) Insbesondere a) von der Protestation und Reservation.

Protestation heißt die Erklärung, wodurch man sich gegen eine möglicherweise nachtheilige Auslegung einer Aeußerung oder Handlung, der eignen oder der fremden, zu sichern sucht [1]); Reservation aber die Erklärung, durch welche man eine in allgemeinen Ausdrücken erfolgte Verzichtleistung oder Rechtsübertragung einschränkt [2]). Weder die eine noch die andere gilt, wenn sie den Bestimmungen des jus publicum im e. S. widerstreitet [3]), oder der einseitigen Verfügung des Erklärenden nicht unterworfen ist [4]); auch darf sie nicht zu spät erfolgen [5]), noch mit der Aeußerung oder Handlung selbst im Widerspruch stehen [6]).

1) L. 14. §. 7. in f. u. §. 8. D. *de relig.* XI, 7. L. 20. §. 1. D. *de a. v. o. h.* XXIX, 2. L. 3. §. 3. D. *uti possid.* XLIII, 17. — L. 16. D. *ad SCt. Maced.* XIV, 6.

2) L. 77. D. *de contr. emt.* XVIII, 1. — *Sam. Stryk* D. de jure reservationum. Hal. 1689.

3) L. 51. §. 2. D. *de a. v. o. h.* XXIX, 2.

4) L. 7. pr. in f. D. *nautae, caupones* etc. („Si praedixerit, ut unusquisque vectorum res suas servet, neque damnum se praestaturum, *et consenserint vectores praescriptioni*, non convenitur.") — *Chr. Thomasius* D. de protestatione jus protestantis non conservante (in der Hall. Dissert. Samml. T. I. nr. 26.).

5) L. 31. D. *ad leg. Aquil.* IX, 2. u. Arg. L. 15. D. *mandati* XVII, 1. — Vgl. L. 16. D. *ad SCt. Maced.*

6) c. 54. in f X. *de appell.* II, 28. — *Chr. Thomasius* D. de protestatione facto contraria (in der angef. Samml. T. II. nr. 43.).

§. 126.

b) Von Cautionen. α) Grund und Eintheilung derselben.

Cautionen sind im Allgemeinen Nebenverträge, wodurch entweder die Erfüllung einer Verbindlichkeit gesichert, oder einem sonst möglichen Nachtheile vorgebeugt werden soll [1]). 1) Nach ihrem Rechtsgrunde unterscheidet man die unfreiwilligen und die freiwilligen, welche auch vorzugsweise vertragsmäßige (conventionales) genannt werden [2]). Bedingungen

der ersteren sind: a) ein Rechtsverhältniß zwischen bestimmten Personen, möge es auf einer eigentlichen obligatio beruhen, oder durch einen Rechtsstreit veranlaßt seyn, und b) ein besonderer Rechtsgrund zur Cautions-Forderung, der entweder auf der Gefahr eines rechtlichen Nachtheils, oder auf ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift beruht [3]). Diese unfreiwilligen Cautionen sind nach R. R. entweder praetoriae, oder judiciales, oder communes, d. s. diejenigen, welche nach Verschiedenheit der Fälle bald vor dem Prätor bald vor dem judex vorkamen. Auf andere Art zerfallen wieder die prätorischen Cautionen in judiciales, cautionales und communes. Erstere heißen hier diejenigen, welche die Erfüllung des judicium sichern sollen, wie die c. jud. solvi und die bei der operis novi nunciatio vorkommende Caution des Nuntiaten; cautionales, welche allemal einen selbstständigen Anspruch begründen (wie die Caution des Vormundes, wegen Erfüllung der Vermächtnisse, und die c. damni infecti), auch selbst da, wo sie durch ein bestimmtes judicium veranlaßt werden, wie die c. ratam rem dominum habiturum; die communes, wohin die c. de jud. sisti gehört, haben mit den judiciales das gemein, daß sie zur Unterstützung eines bestimmten bereits anhängigen Prozesses dienen, mit den cautionales dagegen, daß der Anspruch aus denselben keineswegs von dem Ausgang des Hauptstreites abhängt [5]). II) Was die Art der Cautionsleistung selbst anbetrifft, so erfolgt sie entweder durch Bürgen — vorzugsweise satisdatio genannt [6]), oder durch Pfandbestellung (c. pignoratitia), oder durch ein eidlich bestärktes Versprechen (c. juratoria) [7]), oder durch eine bloße Zusicherung (c. nude promissoria) [8]); die beiden ersten Arten pflegt man jetzt eine Realcaution, die beiden letzteren eine Verbalcaution zu nennen.

1) L. 1. §. 4. D. *de stip. praet.* XLVI, 5. „Et sciendum est, omnes stipulationes natura sua cautionales esse: hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit, et securior interposita stipulatione."

2) §. 3. I. *de divis. stipul.*

3) L. 41. D. *de jud.* V, 1. L. 38. D. *pro socio* XVII, 2. L. 18. §. 1. D. *de per. et commodo rei vend.* XVIII, 6. L. 26. D. *de aedil. edict.* XXI, 1. L. 19. D. *de leg.* 3. L. 5. §. 3. D. *ut legat. seu fideis. serv. causa caveatur* XXXVI, 3. — L. 3. §. 1. D. *ut in possess. leg. v. fideic. serv. causa esse lic.* XXXVI, 4. („Divus Pius

rescripsit, eum, apud quem satis petitur, debere explorare, num per calumniam satis petatur, de qua re summatim debet cognoscere.") L. 1. §. 9. D. *de stipul. praet.*

4) L. 5. pr. D. *de V. O.* XLV, 1. T. Inst. *de divis. stipul.* — *Theophilus* in Paraphr. ad *h. t.*

5) L. 1. pr. §. 1—3. D. *de stipul. praetor.* — L. 10. §. 3. D. *de compens.* XVI, 2. („In stipulationibus quoque, quae instar actionum habent, compensatio locum habet, et secundum Julianum tam in ipsa stipulatione, quam in ex stipulatu actione poterit objici compensatio.") L. 37. pr. D. *de O. et A.* XLIV, 7. L. 20. D. *ratam rem haberi* XLVI, 8. — Vgl. *Jan. a Costa* zu §. 1. 2. 4. Inst. *de divis. stipul.* u. *Jo. Voet.* zu Dig. Tit. de praetor. stipul. §. 2—4.

6) L. 1. D. *qui satisd. cog.* II, 8. L 1. §. 9. D. *de collat.* XXXVII, 6. L. 4. §. 8. D. *de fideic. lib.* XL, 5. — S. übr. L. 1. §. 5. D. *de stip. praet.*

7) §. 2. I. *de satisdat.* L. 3. §. 3. C. *de privil. scholar.* XII, 30.

8) L. 2. §. 3. D. *quod legat.* XLIII, 3. L. 1. §. 5. D. *de stip. praet.*

§. 127.

β) Von der Cautionsleistung selbst.

Nach R. R. soll zwar in der Regel eine promissorische Caution genügen [1]), doch leidet diese Regel große Einschränkungen. Denn a) so oft in Folge ausdrücklicher Bestimmung eine genügende Sicherheit (idonea cautio) zu leisten ist, muß es eine Realcaution seyn [2]), was h. z. T. als Regel angenommen wird; b) prätorische Cautionen sollten nur durch Bürgen bestellt werden [3]). Ausnahmsweise wird statt der Realcaution die juratorische zugelassen 1) in Folge eines Privilegiums [4]), 2) wegen Unvermögens, Bürgen oder Pfänder aufzubringen [5]), 3) wenn der Verpflichtete hinreichende Sicherheit gewährendes Immobiliar-Vermögen besitzt [6]). Städte haben überall nur promissorisch zu caviren [7]), der Fiscus aber ist, wegen seiner nicht zu bezweifelnden Solvenz [8]), von aller Cautionsleistung frei [9]). Uebrigens muß der Verpflichtete in der Regel wiederholt caviren, wenn entweder die geleistete Caution an sich mangelhaft oder ungenügend ist [10]), oder später ihre Wirksamkeit verloren hat [11]). Noch ist zu bemerken erstlich, daß das Recht aus der Caution von selbst wegfällt, sobald der Zweck, weshalb sie bestellt wurde, nicht mehr existirt [12]); zweitens, daß die Cautionspflichtigkeit von dem Berechtigten erlassen werden kann [13]).

1) L. 3. C. *de V. S.* VI, 38. — L. 1. §. 8. D. *de stip. praet.* XLVI, 5. „Stipulatio *duplae repromissio* est, nisi si convenerit, ut satisdetur."

2) L. 59. in f. D. *mandati* XVII, 1. L. 4. §. 8. D. *de fideic. lib.* XL, 5. — L. 21. §. 2. in f. D. *de constit. pec.* XIII, 5. L. 188. §. 1. D. *de V. S.*

3) L. 7. D. *de stip. praet.*

4) L. 17. pr. C. *de dignit.* XII, 1. L. 12. pr. C. *de proximis sacror. scrinior.* XII, 19. L. 3. §. 3. C. *de privil. scholar.* XII, 30.

5) L. 4. §. 2. C. *de castrensianis et ministerianis* XII, 26. Nov. 22. c. 44. §. 5. Nov. 112. c. 2. pr. Nov. 134. c. 9. — Vgl. L. 7. §. 2. D. *qui satisd. cog.* Nov. 22. c. 44. §. 7.

6) L. 26. §. 6. C. *de episc. aud.* I, 4. L. 4. §. 1. C. *de sportulis* III, 2. — Vgl. L. 15. pr. D. *qui satisd. cog.* S. Glück Pand. Bd. III. §. 248. Note 28.

7) L. 6. §. 1. D. *ut leg. seu fideic. serv. causa cav.* XXXVI, 3.

8) L. 2. §. 1. D. *de fundo dotali* XXIII, 5.

9) L. 3. §. 5. D. *si cui plus quam per leg. Falcid. lic.* XXXV, 3.

10) L. 6. D. *qui satisd. cog.* — L. 3. §. 3. D. *ut in poss. leg.* etc. XXXVI, 4. („Si semel fuerit satisdatum, quaesitum est, an etiam rursus cavendum sit, si forte dicatur, egenos fidejussores esse datos? Et magis est, ut caveri non debeat; hoc enim D. Pius rescripsit Pacuviae; ipsam enim facilitati suae expensum fere debere, quae minus fidejussores idoneos accepit: neque enim per singula momenta oportet onerari eum, a quo satis petitur.") — Vgl. L. 3. D. *de fidejussor.* XLVI, 1. L. 234. §. 1. D. *de V. S.* — L. 1. D. *si quis in jus voc. non ierit* II, 5. L. 7. pr. D. *qui satisd. cog.*

11) L. 8. §. 3. L. 10. in f. D. *qui satisd. cog.* L. 4. D. *ut in poss. leg.* etc. — Auch ſteht nicht entgegen die L. 15. §. fin. D. *qui satisd. cog.* S. *A. Faber* zu dieſer Stelle in den rationalib. ad Pand. p. 127.

12) L. 4. D. *usufructuar. quemadm. cav.* VII, 9.

13) L. 12. D. *ut leg. v. fideic. serv. causa.* L. 2. C. *ut in poss. legat.* etc. VI, 54. — S. indeſſen L. 7. C. *eod.* und unten Bd. II. §. 285. Note 7.

§. 128.

c) Von der Inventur *).

Ein Inventarium, auch repertorium genannt [1]), iſt ein auf gehörige Weiſe (d. i. regelmäßig von einem öffentlichen Beamten, oder von Notarius und Zeugen) angefertigtes Vermögens-Verzeichniß [2]). In manchen Fällen genügt aber eine Privat-Spezification, die bisweilen durch einen Eid zu bekräftigen iſt [3]), bisweilen aber ohne weiteres gilt [4]). Verpflichtet zur Errichtung eines Inventars ſind a) alle Verwalter fremden Vermögens [5]), b) Erben, inſofern ſie anders nicht über den Beſtand der Erbſchaft der Schulden wegen haften

wollen[6]), c) Alle, die eine Vermögensmasse, auch wenn sie dieselbe nicht blos administriren, dermaleinst restituiren müssen, z. B. der Fiduciar-Erbe. Die Verpflichtung zur Inventur kann übrigens auch ganz erlassen werden, nur darf das selbstständige Interesse dritter Personen dadurch nicht gefährdet seyn[7]).

*) *Ge. Lenz* D. de onere inventarii. Alt. 1757. 4.

1) L. 7. pr. *de adm. et per. tut.* XXVI, 7.

2) L. 32. C. *de episc. et cler.* I, 3. L. 24. C. *de adm. tut.* V, 37. L. 7. §. 5. in f. C. *de cur. fur. v. prod.* V, 70. L. 22. §. 2. C. *de jure delib.* VI, 30. Nov. 1. c. 2.

3) L. 2. C. *quando et quib. quarta pars debetur ex bon. decurion.* X, 34. Nov. 48. c. 1. — Vgl. Struben rechtl. Bed. Bd. I. Nr. 79.

4) L. 15. pr. D. *de reb. auct. jud. possid.* XLII, 5.

5) L. 7. pr. D. *de adm. et per. tut.* L. 24. pr. C. *eod.* V, 37. L. 13. §. 1. C. *arbitr. tut.* V, 51. L. 7. §. 5. C. *de cur. fur.* L. 32. C. *de episc. cler.* L. 7. C. *de bon. proscriptor.* IX, 49.

6) L. ult. §. 12. 14. C. *de jure delib.* VI, 30.

7) *F. H. Schroeder* C. de inventarii confectione, ei, cui omn. bonor. ususfructus relictus est, inutiliter remissa (Rost. 1810. 4.) §. 4. 5.

§. 129.

IV. Vom Gebrauch oder der Ausübung des Rechts. A) Allgemeine Regeln.

In der Regel steht es in Jedermanns Willkühr, von seinem Recht Gebrauch zu machen, oder nicht. Die vielen Einschränkungen dieser Regel haben übrigens zu der sehr entbehrlichen Distinction der s. g. res oder actus merae und non merae facultatis Veranlassung gegeben[1]). Was aber die Art und den Umfang der Rechtsausübung anbetrifft, so bemerke man: 1) Jeder ist dabei an die Gränzen gebunden, welche durch das öffentliche Recht, so wie durch das Rechtsgebiet Anderer gesetzt sind[2]). 2) Daß ein Anderer dadurch einen Nachtheil erleidet, ist aber an sich kein Grund, die Rechtsausübung zu beschränken: denn: qui jure suo utitur nemini facit injuriam[3]). Nur offenbare Chicane als Grund der Rechtsausübung soll nicht geduldet werden[4]). 3) Wer das höhere Recht ausüben darf, dem muß auch das in dem Umfange desselben liegende geringere Recht gestattet seyn[5]); so

wie 4) mit der Einräumung eines Rechts auch von selbst die, zur Realisirung desselben führenden Mittel für eingeräumt zu achten sind[6]). 5) Wer den Erwerb eines Rechts auf den Gebrauch desselben gründet, muß es als Recht geübt haben[7]). — Uebrigens braucht man ein Recht nicht gerade in Person auszuüben, sondern man kann sich in der Regel durch Andere vertreten lassen[8]).

1) M. s. über diese, ohnehin sehr streitigen Begriffe: *Aug. Leyser* de rebus merae facultatis (meditat. ad Pand. specimen 462.). — *Müller* observationes practicae ad *Leyseri* meditt. ad Pand. T. V. obs. 740—747. — Glück Pand. Bd. I. §. 15. — Thibaut üb. Besitz u. Verjähr. Th. II. §. 22. Note 1. Unterholzner ausführliche Entw. d. Verjährungslehre Bd. I. §. 25.

2) L. 7. C. *de relig. et sumt. fun.* III, 44. T. C. *de aedificiis privat.* VIII, 10. — L. 1. §. 11. D. *de aq. pluv. arc. act.* XXXIX, 3. („Prodesse enim sibi unusquisque, *dum aliis non nocet*, non prohibetur.") L. 13. §. 7. D. *de injur.* XLVII, 10.

3) L. 26. D. *de damno inf.* XXXIX, 2. L. 9. D. *de serv. pr. urb.* VIII, 2. L. 1. §. 12. *de aq. pl. arc. act.* (s. die folg. Note). L. 55. L. 151. D. *de reg. jur.* („Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet.") L. 155. §. 1. *eod.*

4) „Si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus esset possessor, his rebus ablatis, fiat ei potestas. Neque malitiis indulgendum est, si tectorium, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus, nisi ut officias." L. 38. D. *de rei vind.* VI, 1. — L. 1. §. 12. D. *de aq. pluv. arc. act.* („Marcellus scribit, cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi — —, *si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit.*") L. 2. §. 5. *eodem.* („Quamquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro ejus, *qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est.*") S. Weber von der nat. Verbindl. §. 101.

5) L. 21. 26. 163. 165. D. *de reg. jur.* — Pr. I. *de servit.*

6) L. 2. D. *de jurisd.* — L. 56. 62. D. *de procurat.* III, 3. L. 10. D. *de servit.* VIII, 1. L. 20. §. 1. D. *de serv. pr. urb.* VIII, 2. L. 3. §. 3. D. *de serv. pr. rust.* VIII, 3.

7) L. 25. D. *quemadm. serv. amitt.* VIII, 6. L. 7. D. *de itinere actuque priv.* XLIII, 19. — Vgl. v. Savigny das Recht des Besitzes §. 46. S. 540. (d. 5ten A.)

8) c. 68. *de reg. jur.* in 6to V, 13. „Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum."

§. 130.

B) Das Recht der Stellvertretung 1) überhaupt.

In den frühesten Zeiten mußte Jeder die ihn betreffenden Rechtsgeschäfte selbst vornehmen, und nur durch die seiner

Gewalt unterworfenen Individuen konnte man Rechte und Verbindlichkeiten begründen lassen; dies änderte sich allmählig, und so kam es denn dahin, daß alle Geschäfte, mit Ausnahme der in alter Art und Form zu vollführenden [1]), durch Stellvertreter vorgenommen werden konnten. Insoweit wurde übrigens an dem alten Prinzip stets festgehalten, daß Recht und Verbindlichkeit aus dem Geschäft zunächst meistens auf den Stellvertreter bezogen, und nur mittelbar auf den Prinzipal übertragen wurden [2]). Stellvertreter aber ist derjenige, welcher Alles, was bei dem Geschäft wesentlich ist, und namentlich auch den Abschluß desselben, statt des Prinzipals besorgt. Verschieden davon sind bloße Gehilfen, als Boten [3]), Mackler (die hauptsächlich den Handel einleiten) [4]), Schiedsmänner, welche über irgend einen mit dem Geschäft in Verbindung stehenden Umstand einen Ausspruch thun, z. B. die Güte der Sache, oder den Preis derselben bestimmen [5]). Dagegen steht in noch näherer Beziehung zu dem Geschäft und dessen Gegenstande der in rem suam procurator, indem er auf seine Gefahr als Kläger oder als Beklagter auftritt [6]). Die Anordnung eines Stellvertreters erfolgt bald unmittelbar durch das Gesetz, bald durch die Obrigkeit, bald durch Privatverfügung; sind nun die Rechts- und Geschäfts-Angelegenheiten eines Menschen nicht durch seinen eignen Auftrag einem Stellvertreter übertragen, so ist ihm in der Regel [7]) dadurch die freie Dispositions-Befugniß entzogen [7a]).

1) L. 90. pr. D. *de a. v. o. h.* XXIX, 2. L. 13. §. 10. D. *de acceptil.* XLVI, 4. L. 17. §. 1. D. *de appell.* XLIX, 1. L. 123. D. *de reg. jur.* L. 3. C. *de vind. lib. et ap. Concil. manum.* VII, 1.

2) S. den folg. §. 131.

3) L. 2. pr. D. *de pact.* L. 14. in f. L. 15. D. *de pec. const.* XIII. 5. („constituere autem possumus — — et per nuntium — —. Et non erit impedimentum, quod per liberam personam adquirimus, quia ministerium tantummodo hoc casu praestare videtur.") L. 1. §. 1. D. *mandati* XVII, 1. („per nuncium quoque, vel per epistolam mandatum suscipi potest.") S. meine Cession §. 11. Nr. II.

4) L. 2. D. *de proxenetis* L, 14. „Si proxeneta intervenerit faciendi nominis, ut multi solent, videamus, an possit quasi mandator teneri? et non puto teneri, quia hic monstrat magis nomen, quam mandat, tametsi laudet nomen.")

5) L. 76. D. *pro socio* XVII, 2. L. 35. in f. D. *mandati* XVII, 1. L. 1. D. *de leg.* II. L. 12. D. *de leg.* III. — Man macht bisweilen hier einen Unterschied zwischen dem merum arbitrium und dem ar-

bitrium boni viri, nämlich in Beziehung auf die Verbindlichkeit, dem Ausspruch des Schiedsmannes Folge zu leisten, besonders wegen L. 76. D. *pro soc.* S. *Cujacius* in comment. ad L. 43. D. *de V. O.* XLV, 1. und *G. Noodt* zu Tit. Dig. *de contr. emt.* (opp. T. II. p. 306. 307.). Allein es beruht dies auf einer Verwechslung des Schiedsmannes mit dem eigentlichen Schiedsrichter, und auch selbst dieser darf nicht nach bloßer Willkühr verfahren. S. L. 3. C. *de recept. arbitr.* II, 56.

6) L. 2. in f. D. *fam. ercisc.* X, 2. L. 8. in f. D. *mandati* XVII, 1. — L. 42. §. 2 sqq. D. *de proc.* III, 3. L. 66. §. 2. D. *de evict.* XXI, 2.

7) Denn auf eine über das Vermögen verschollener Personen angeordnete Curatel ist dies freilich nicht anwendbar.

7a) S. z. B. L. 8. §. 5. C. *de bon. quae lib.* VI, 61. L. 27. D. *de administr. tut.* XXVI, 7. L. 3. C. *de in int. rest. min.* II, 22.

§. 131.

2) Insbesondere a) vom Rechtserwerb und von Begründung eines Obligationsverhältnisses durch Andere.

Durch Hausunterthänige erwirbt der Hausherr Alles und Jedes direct, d. h. ohne daß es erst einer Uebertragung auf ihn bedarf; jedoch muß die Erwerbsform an sich dazu geeignet seyn [1]). Auch durch freie Stellvertreter wird Besitz und Alles, was eine unmittelbare Folge der Besitzergreifung ist, also unter Voraussetzung der erforderlichen Bedingungen auch Eigenthum, direct erworben [2]). Was nicht durch Besitz (naturaliter), sondern auf andere Art (civiliter) begründet wird, läßt zwar in den nicht ausgeschlossenen Fällen (s. §. **130.** Note **1.**) eine Stellvertretung zu, nicht immer aber entsteht das auf diese Art begründete Rechtsverhältniß direct für den Prinzipal. Man bemerke hierüber: a) Verträge können in der Regel nur auf den Namen des Stellvertreters geschlossen werden [3]), und das dadurch begründete Obligations-Verhältniß wird als das seinige behandelt, so daß der Prinzipal nur entweder als in rem suam procurator, oder mittelst utiles actiones klagen und belangt werden kann [4]). b) Entsteht dagegen zwar durch die Handlung des Stellvertreters, aber nicht durch einen Vertrag desselben eine obligatio [5]), — wohin freilich hier auch die blos auf ein Restituiren gerichteten Obligationen gehören [6]) —, so ist das Recht dem Prinzipal

direct erworben[7]). c) In den ersteren Fällen wird übrigens das Rechtsverhältniß nicht blos formell als das eigne des Stellvertreters betrachtet, sondern auch nach seiner materiellen Begründung und Wirkung[8]); sofern indessen der Prinzipal das Recht (unmittelbar oder mittelbar) selbst geltend macht, wird auch sein dolus berücksichtigt[9]), und die bona fides als Grund eines Verjährungsbesitzes ist lediglich aus dessen Person zu bestimmen[10]). — Was nun die heutige Anwendbarkeit dieser Grundsätze anbelangt, so kann 1) jeder Contract von dem Stellvertreter geradezu auf den Namen des Prinzipals gestellt werden[11]), auch ist 2) eigentliche Cession des Forderungsrechts an den Prinzipal nie mehr erforderlich, sobald nur der andere Theil es wußte, daß das Geschäft diesen betraf. Dagegen ist 3) auch jetzt noch Grund und Bedeutung des Rechtsverhältnisses zunächst aus der Person des Stellvertreters zu bestimmen. Der Prinzipal kann also nicht klagen, wenn nicht Jener, falls das Verhältniß wirklich das seinige gewesen wäre, hätte klagen können, umgekehrt aber ist aus dem Geschäfte eine Klage für den Dritten wider den Stellvertreter möglich, auch ohne daß daraus gegen den Prinzipal geklagt werden kann; denn dies setzt allemal, entweder eine eventuelle Entschädigungsverbindlichkeit des Letzteren voraus, falls sein Geschäftsführer für ihn die Obligatio erfüllt hätte, oder doch eine Bereicherung desselben durch das Geschäft[12]).

*) *Gaji* inst. II. §. 86—96. III. §. 163—167. — *Ulpiani* Fr. XIX. §. 18 sqq. — Tit. Inst. II, 9. per quas personas vobis (s. nobis, s. cuique) adquiritur. T. Inst. III, 28. (29.) per quas personas obligatio acquiritur. — T. Cod. IV, 27. per quas personas nobis acquiratur.

1) Vgl. *Gaji* inst. II. §. 96. „In summa sciendum est, his, qui in potestate, manu mancipiove sunt, nihil in jure cedi posse; cum enim istarum personarum nihil suum esse possit, conveniens est scilicet, ut nihil omnino in jure vindicare possint." L. 1. C. *si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio* VIII, 5.

2) L. 53. D. *de a. r. d.* XLI, 1. L. 20. in f. *eod.* §. 5. I. *per quas pers. vob. acq.* L. 1. C. *h. t.* (s. die folg. Note.)

3) L. 73. §. 4. D. *de reg. jur.* — L. 11. D. *de O. et A.* XLIV, 7. L. 6. C. *si quis alteri vel sibi sub alterius nomine — emerit* IV, 50. — S. auch L. 3. C. *de contrah. stipul.* VIII, 38., und L. 1. C. *h. t.* „Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius juri non est subdita, nihil acquiri posse, indubitati juris est. Si igitur procurator non sibi, sed ei, cujus negotia administrabat, *redintegratae rei vindicationem* pactus est, idque pactum

etiam stipulatio insecuta est, nulla domino obligatio acquisita est." Meine Cession §. 5. Note 68. d. 3. Aufl. — Uebrigens giebt es von dem Grundsatz directe und indirecte Ausnahmen. Ueber diese s. die Note 7., über jene meine Cession §. 10. am Schlusse (Nr. 1—6.).

4) L. 27. in f. L. 28. D. *de proc.* III, 3. L. 11. §. 6. D. *de pignerat. act.* XIII, 7. L. 8. §. ult. L. 10. §. 6. D. *mandati* XVII, 1. L. 49. §. 2. D. *de a. v. o. p.* XLI, 2. L. 5. D. *de stipul. praetor.* XLVI, 5. — Vgl. L. 2. C. *h. t.*

5) L. 72. D. *de proc.* L. 24. §. 2. D. *de usur.* XXII, 1. — L. 12. pr. D. *de reb. auct. jud. possid.* XLII, 5. L. 3. pr. D. *quod vi aut clam* XLIII, 24.

6) L. 2. §. 4. L. 9. §. 8. D. *de reb. cred.* XII, 1. L. 40. D. *de solut.* XLVI, 3.

7) Meine Cession §. 11. Nr. I.

8) L. 2. §. 11. D. *pro emt.* XLI, 4. L. 24. D. *de a. v. a. p.* XLI, 2. — L. 7. §. 13. D. *de Publ. in rem act.* VI, 2. L. 5. pr. D. *de tribut. act.* XIV, 4. L. 12. D. *de contr. emt.* XVIII, 1. L. 51. D. *de aedil. ed.* XXI, 1. L. 16. §. 3. 4. L 22. §. 5. D. *de lib. causa* XL, 12. — L. 4. §. 17. D. *de d. m. et m. exc.* XLIV, 4. — Meine Cession §. 13.

9) L. 4. §. 17. 18. D. *de d. m. et m. exc.* — L. 51. in f. D. *de aedil. ed.* XXI, 1. — L. 16. in f. D. *de lib. causa.* Meine Cession §. 8. und §. 12.

10) L. 2. §. 12. D. *pro emt.* L. 1. C. *de acq. et ret. poss.* VII, 32. — L. 43. §. 1. D. *de usurp.* XLI, 3. — L. 2. §. 13. *pro emt.*

11) *L. A. Hamberger* de non usu stipulation. usuq. pactor. in for. Germ. (in opusc. ab *Estore* edd. nr. III.) c. III. §. 7 sqq.

12) Vgl. Weber v. d. nat. Verb. §. 89. a. u. meine Cession §. 14.

§. 132.

b) Vom Rechtsverhältniß zwischen Geschäftsführer und Prinzipal zu dritten Personen.

Der Geschäftsführer ist zu fleißiger und sorgfältiger Ausführung der übernommenen Geschäfte verpflichtet, zur Rechnungs-Ablegung, und zur treuen Ablieferung dessen, was hiernach dem Prinzipal gebührt [1]). Mit Verbindlichkeit und Gefahr kann dieser nur belastet werden, soweit der Stellvertreter sich innerhalb der durch Gesetz oder Auftrag bestimmten Schranken gehalten hat [2]); je allgemeiner also ein Auftrag gestellt ist, desto eher entsteht daraus Gefahr und Verantwortlichkeit für den Geschäftsherrn [3]). Dieser ist seiner Seits den Stellvertreter zu entschädigen [4]), auch alle von demselben ohne Gränzüberschreitung vorgenommenen Handlungen anzuerkennen, und sofern dadurch Verbindlichkeiten begründet sind, zu

erfüllen schuldig [5]). Auch muß der Prinzipal insofern für die Schuld seiner Stellvertreter und Untergebenen haften, als ihm selbst bei deren Wahl oder Anstellung eine, nach seinem besonderen Verhältnisse zu Dritten, von ihm zu prästirende Nachlässigkeit vorgeworfen werden kann [6]). Uebrigens soll dem Geschäftsherrn aus dem Dolus des Stellvertreters kein Vortheil erwachsen [7]), seiner Klage aus dem Geschäfte desselben steht also die doli exceptio entgegen [8]); nur eigentliche Strafen, als Folge unerlaubter Handlungen des Geschäftsführers, treffen ihn nicht [9]).

1) L. 46. §. 4. D. *de proc.* L. 2. D. *de negot. gest.* III, 5. L. 8. §. 10. L. 20. pr. *mandati.* L. 1. §. 3. D. *de tut. et rat. distr.* XXVII, 3.

2) L. 49. D. *de proc.* III, 3. L. 5. §. 3. D. *mandati* XVII, 1. L. 63. pr. D. *de contr. emt.* XVIII, 1. L. 1. §. 2. 3. D. *de exc. rei vend. et trad.* XXI, 3. L. 10. 16. 19. C. *de proc.* II, 13.

3) L. 14. 15. D. *de pact.* II, 14. L. 58. 59. D. *de proc.* L. 17. §. 2. 3. D. *de jurejur.* XII, 2.

4) L. 2. D. *de negot. gest.* L. 12. §. 9. D. *mandati.* L. 61. §. 5. D. *de furtis* XLVII, 2.

5) L. 45. §. 2 sqq. D. *mandati.* L. 1. §. 2. in f. D. *de exc. rei vend. et trad.*

6) L. 21. §. 3. D. *de negot. gest.* III, 5. L. 25. §. 7. D. *loc. cond.* XIX, 2. L. 20. §. 2. D. *de praescr. verb.* XIX, 5. („Certe culpam eorum, quibus custodiendum perferendumve dederis, praestare te oportere Labeo ait: et puto, praescriptis verbis actionem in hoc competere.") — L. 11. pr. D. *loc. cond.* („Mihi ita placet, ut culpam etiam eorum, quos induxit, praestet suo nomine, etsi nihil convenit, si tamen culpam in inducendis admisit —.")

7) L. 4. u. 16. D. *de vi et vi arm.* XLIII, 16.

8) L. 4. §. 17. in f. D. *de doli mali et met. exc.* XLIV, 4. (s. auch §. 131. Note 8.)

9) L. 46. §. 5. in f. D. *de proc.*

§. 133.

c) Von der Verbindlichkeit auf Rechnungs-Ablegung *).

Wer zur Rechnungsablegung verpflichtet ist, muß ein genau spezifizirtes und mit Belegen versehenes Verzeichniß sämmtlicher Einnahme- und Ausgabe-Posten anfertigen, und in der Regel auch für die Ablieferung des Saldo haften [1]). Ist aber die Verbindlichkeit, Rechnung abzulegen, dem Rech-

nungsführer im Allgemeinen erlassen, so folgt daraus noch keineswegs, daß die Ansprüche aus dessen Dolus, oder auf Herausgabe dessen, was er aus der Rechnung zu leisten hat, ebenfalls aufgegeben seien[2]). Gegen Anfechtung einer quittirten Rechnung kann sich der Rechnungsführer durch zwanzigjährige, sein Erbe durch zehnjährige Verjährung schützen[3]), außer insofern das Resultat der Rechnung auf einem eigentlichen error calculi beruht[4]), und nicht etwa die Richtigkeit der Rechnung durch ein rechtskräftiges Urtheil anerkannt[5]), oder der Anspruch aus der Rechnung durch Vergleich geschlichtet ist[6]).

*) *A. Leyser* D. de redditione rationum (meditationum ad Pand. specimen 677.).

1) L. 82. D. *de cond. et demonstr.* XXXV, 1. („— nam non utique, si — in folle reliqua obtulerit, liber erit: non enim testator hoc sensit, sed illud, ut rationes reddat, quomodo servus reddere solet, i. e. legendas offerre rationes primum, deinde computandas, ut explorari possit, imputationes probe, an improbe referantur, accepta recte relata, an non recte. — — Itaque cum servo sub hac conditione testamento libertas datur: si rationes reddiderit, non hanc solum habet significationem, si cautiones instrumentaque omnia actus sui exhibuerit heredi, sed et si reliqua solverit." L. 111. *eod.* L. 89. §. 2. D. *de V. S.* („Inter edere et reddi rationes multum interest: nec is, qui edere jussus sit reliquum reddere debet.") — Ueber den Umfang der Verpflichtung dessen, welcher für einen Anderen die Rechnungsablegung übernommen hat, s. *Leyser* a. a. O. med. 2.

2) L. 72. §. 3. D. *de cond. et demonstr.* („Quid ergo, si ita scriptum sit: peto post mortem tuam restituas hereditatem, ita ne satis fideicommissi petatur, neve ratio exigatur? sine dubio per hujusmodi verba non interponendae quidem cautionis conditio videbitur adscripta, rationi vero non exigendae modus adhibitus, *scilicet ut culpa, non etiam dolus remissus intelligatur.*") L. 9. D. *de liberat. leg.* XXXIV, 4. („Si quis rationes exigere vetetur, — non impeditur, reliquas exigere, quas quis se reliquavit (s. dazu die Noten 57. u. 58. der Ausg. von Geb.-Spangenb.), et si quid dolo fecit, qui rationes gessit. Quod si quis et haec velit remittere, ita debet legare: damnas esto heres meus, quidquid ab eo exegerit illa vel illa actione, id ei restituere, vel actionem ei remittere.") L. 20. §. 1. L. 28. §. 4. L. 31. §. 1. *eod.* — Entgegenstehend ist auch nicht die L. 31. §. 2. *eod.* „Titia, quae duos tutores habuerat, ita cavit: rationem tutelae meae, *quam egit* Publius Mevius cum Lucio Titio, *reposci* ab eo nolo. Quaeritur, an, si qua pecunia apud eum ex tutela remansit, peti ab eo possit? Respondit, nihil proponi, cur non pecunia, quae pupillae esset, et apud tutorem remaneret, legata videretur." S. *Jo. Conr. Rücker* interpretation. Lib. II. (Lugd. Bat. 1752. 8.).

3) L. 13. §. 1. D. *de divers. temp. praescr.* XLIV, 3. „Reipublicae rationes subscriptae et expunctae adversus eum quidem, qui administravit, ultra viginti, adversus heredem autem ultra decem annos retractari non possunt." — Die Ausdehnung dieser Bestimmung auf

alle Rechnungsführer hat allerdings Manches gegen sich. Doch ist auch kein Grund vorhanden, dieselbe mit Unterholzner (ausf. Verjähr. Lehre II. S. 324. Nr. 2.) auf städtische Verwaltungs-Beamte einzuschränken.

4) L. 8. pr. D. *de adm. rer. ad civit. pertin.* L. 8. „Calculi erroris retractatio etiam post decennii aut vicennii tempora admittetur."

5) L. un. C. *de errore calculi* II, 5. („Errorem calculi veritati non afferre praejudicium, saepe constitutum est: unde rationes, etiam saepe computatas denuo tractari posse, si res judicatae non sunt, vel transactio non intervenit, explorati juris est. Sed etsi per errorem calculi velut debitam quantitatem, cum esset indebita, promisisti, condictio liberationis tibi competit.") L. 2. C. *de re jud.* VII, 52. — Liegt übrigens dem Erkenntniß selbst ein error calculi zu Grunde, so wird es überall nicht rechtskräftig: „velut si judex ita pronuntiaverit: cum constet, Titium Sejo ex illa specie quinquaginta, item ex illa specie viginti quinque debere, idcirco Lucium Titium Sejo centum condemno; nam quoniam error computationis est, nec appellare necesse est, et citra provocationem corrigitur." L. 1. §. 1. D. *quae sentent. sine appell. rescind.* XLIX, 8. — Vgl. auch L. 2. C. *de jud.* III, 1. „— si de specie, de qua agis, in judicio priore tractatum non esse allegas, non inutiliter replicatione doli mali uteris."

6) L. un. C. *de err. calc.* (Note 5.) u. L. 8. §. 1. D. *de adm. rer. ad civit. pertin.* „Sed si gratiose expunctae dicentur, non retractabuntur." — Gönner Handb. d. gem. deutschen Processes (2. A.) Bd. IV. Abh. LXXV.

Viertes Capitel.

Von der Verfolgung und Vertheidigung der Rechte.

§. 134.

Verbot der Selbsthilfe *).

Das Richteramt ist öffentlich angeordnet, um Jedem zu dem Seinen zu verhelfen; man darf sich daher nicht selbst, d. h. unmittelbar durch Zwang und Eigenmacht Recht zu verschaffen suchen [1]). Wer seinen Schuldner zur Zahlung zwingt, verliert das Forderungsrecht, und wer durch eigenmächtige Wegnahme von Sachen desselben (oder eines Dritten) sein Recht sichert oder durchsetzt, soll außerdem mit dem Verlust des dritten Theils seines Vermögens und mit Infamie bestraft werden [2]). Wenn Jemand seine eigne Sache dem Inhaber eigenmächtig abnimmt, soll sie restituiren und das Eigenthum

daran verlieren; ist es eine fremde Sache, so muß er überdies den Werth derselben erstatten [3]). Gleiche Strafe trifft die Detentoren fremder Sachen (z. B. die Miethsinhaber), welche ohne Rechtsgrund die Restitution derselben verweigern [4]). Auch im can. Recht finden sich einige besondere Bestimmungen über Eigenmacht, hier spolium genannt [5]). Der davon Betroffene (spoliatus) kann a) die spolii actio auf Wiedererhaltung der verlornen Sache anstellen, nicht nur gegen den Spoliator selbst, sondern auch gegen den dritten Inhaber, welcher um das Spolium wußte [6]); b) hat er die auf schleunige Restitution gerichtete exceptio spolii gegen alle Civilklagen des Spoliator, und, wenn er aller oder des größten Theils seiner Sachen beraubt ist, gegen jede Criminal-Anklage [7]). Daß übrigens die civilrechtlichen Strafen der Selbsthilfe durch das can. Recht aufgehoben seien, läßt sich nicht behaupten [8]).

*) *J. H. Böhmer* D. de poena jus sibi dicentis sine judice (Exercitt. ad Pand. T. II. Nr. XXIII.). — Linde in d. Zeitschr. f. Civilr. und Proceß I. Nr. XXI. — Fritz Erläuterung zu v. Wening I. S. 125—131. — Benfey im Rhein. Mus. VII. Nr. I. — Vgl. auch die folg. Note.

1) A. M. ist Benfey, welcher hier Alles von positiven Rechtsnormen ableiten will, a. a. O. §. 1. u. §. 11. S. 43 fg.

2) L. 12. in f. und L. 13. D. *quod met. causa* IV, 2. L. 7 D. *ad L. Jul. de vi privata* XLVIII, 7. („Creditores, si adversus debitores suos agant, per judicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent. Alioquin, si in rem debitoris sui intraverint, id nullo concedente, D. Marcus decrevit, jus crediti eos non habere. Verba decreti haec sunt: optimum est: ut, si quas putes te habere petitiones, actionibus experiaris — —: et cum Marcianus diceret: vim nullam feci, Caesar dixit: tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? vis est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit — — —.") L. 8. L. 1. pr. *eod.* — Vgl. *J. O. Westenberg* Divus Marcus seu Dissert. ad constitutiones M. Aur. Anton. imp. (opp. cur. *Jungio* T. III.) Diss. XXXIX. Linde a. a. O. §. 4—6., welcher übrigens das Decret zu sehr beschränkt. S. hierüber, so wie auch über das Verhältniß der L. 7. cit. zu der interpolirten L. 13. cit. Benfey §. 2—8. — Weiter noch geht Justinian in der Nov. 52. c. 1. — S. auch Nov. 60. c. 1. S. Linde a. a. O. §. 6. S. 415—417. Vgl. Benfey a. a. O. §. 9.

3) L. 7. C. *unde vi* VIII, 4. (Vgl. L. 3. Th. C. *eod.*) — §. 6. I. *de interd.* — S. unten Bd. II. §. 244. Note 7.

4) L. 34. C. *loc. cond.* IV, 65. L. 10. C. *unde vi.*

5) Decretal. (II, 13.) u. Lib. VI. (II, 5.) *de restitutione spoliatorum.*

6) c. 18. X. *h. t.*

7) c. 1. *h. t.* in 6. — v. Savigny das Recht des Besitzes §. 50.

8) A. M. sind Viele, insbesondere wegen c. 1. 7. 10. X. *h. t.* und c. 1. X. *de dolo et contumacia* II, 14. S. indessen c. 2. C. XVI. qu. 6. — c. 18. *de praeb.* in 6. III, 4. und *J. H. Böhmer* Jus eccl. Prot. Lib. V. Tit. XVIII. §. 3—6., auch Diss. cit. c. II. §. 5. 6. — Ueberhaupt vgl. m. in Ansehung der heutigen Anwendbarkeit dieser Bestimmungen: C. G. O. von 1521. Tit. 32. §. 2. R. A. von 1532. Tit. 3. §. 15. *Böhmer* Diss. cit. c. II. Derselb. Jus eccl. Prot. l. l. §. 7 sqq. Linde a. a. O. §. 8. S. 430 fg. u. §. 10.

§. 135.

Ausnahmen und Beschränkungen dieses Verbots, 1) im Allgemeinen.

Indessen nicht immer ist man verbunden, sein Recht durch den Richter zu suchen. Es giebt hievon 1) directe Ausnahmen, wohin gehören: das Selbstvertheidigungs-Recht gegen Gewalt[1]), die Befugniß ein Werk zu zerstören, welches Jemand eigenmächtig und widerrechtlich auf unserem Grund und Boden errichtet[2]), das während eines gänzlichen Gerichtsstillstandes[3]) gestattete Recht der Selbsthilfe[4]), das Zwangsrecht gegen einen flüchtigen Schuldner[5]), und mehrere andere Fälle, von welchen in den Vorträgen über Röm. Recht überhaupt nicht zu handeln ist[6]). 2) Als indirecte Einschränkung des Verbots der Selbsthilfe läßt sich der psychologische Zwang ansehen, wodurch man den Gegner nöthigt, entweder von seiner Forderung oder Vertheidigung abzustehen, oder das zu thun, was man von ihm verlangt. Dahin gehört das Retentions-Recht und die Eidesdelation, von welcher indessen erst unten in einem anderen Zusammenhange gehandelt werden kann[7]).

1) L. 1. §. 27. D. *de vi et vi arm.* XLIII, 16. („Vim vi repellere licere, Cassius scribit, idque jus natura comparatur. Apparet autem ex eo, arma armis repellere licere.") L. 1. §. 28. *eod.* L. 3. §. 9. *eod.* („— sed hoc confestim, non ex intervallo.") — L. 1. C. *unde vi* VIII, 4. — L. 52. §. 1. D. *ad L. Aquil.* IX, 2. L. 3. u. 4. C. *de sicariis* IX, 16. — *J. A. Hellfeld* D. de violenta rerum nostrarum defensione (opp. min. Nr. XXI.).

2) L. 29. §. 1. D. *ad L. Aquil.* IX, 2. — Vgl. L. 22. §. 2. D, *quod vi aut clam* XLIII, 16.

3) Ueber die Bedeutung des Ausdrucks Justitium s. *Gellius* N. A. XX, 1.

4) Doch ist hievon nur unter manchen Einschränkungen und mit großer Vorsicht Gebrauch zu machen. Vgl. *J. H. Böhmer* D. de eo, quod justum est durante justitio (Exercit. ad Pand. T. II. Nr. XXV.). — S. auch Allg. Landr. für die Preuß. Staaten Einleit. §. 78.

5) Arg. L. 10. §. 16. D. *quae in fraud. cred.* XLII, 8.

6) Vgl. J. Claproth Einleit. in den ordentl. bürgerl. Proceß I. §. 3—5. — Privatpfändungen gestattet das Röm. Recht nicht L. 39. §. 1. D. *ad L. Aquil.* IX, 2. — Vgl. Nov. 52. c. 1. (S. übrigens *Goji* inst. IV. §. 26 fgg.) Ueber die Wirkung des s. g. pactum de ingredienda possessione s. L. 3. C. *de pignor.* VIII, 14. („Creditores, qui non reddita sibi pecunia, conventionis legem, ingressi possessionem, exercent, vim quidem facere non videntur, attamen auctoritate Praesidis possessionem adipisci debent.") und *J. H. Böhmer* Diss. cit. (§. 134. Note 1.) C. I. §. 19.

7) Einen psychologischen Zwang kann man auch die erlaubte Drohung nennen; doch ist dies nicht eigentlich eine Ausnahme von dem Verbot der Selbsthilfe, sondern es fragt sich nur: wie weit man hierin gehen dürfe. So kann öffentliche Aufforderung unter Umständen als Injurie betrachtet werden. M. s. Benfey a. a. O. §. 1. Note 5.

§. 136.

2) Insbesondere vom Retentionsrecht*).

Im Allgemeinen ist Retention: die Handlung oder Erklärung, wodurch man einem Gegner, was ihm gebührt, wegen einer Gegenforderung vorenthält. Dieser Begriff umfaßt sowohl die Compensation [1]), als auch die Retention im e. S., d. h. Zurückbehaltung einer Sache, woran der Gegner Ansprüche hat, bis zu einer erfolgten Gegenleistung. Das Recht dazu setzt voraus: a) Besitz der Sache, deren Herausgabe Jemand von uns verlangt [2]), b) der Besitz muß aus einem rechtmäßigen Grunde erworben seyn [3]); c) ein Forderungsrecht des Retinirenden wider den Gegner [4]), und zwar ein liquides [5]) und mit den Ansprüchen desselben connexes [6]). Daß außerdem die Befugniß zur Retention noch in den Gesetzen besonders anerkannt sei, ist nicht erforderlich [7]); doch giebt es allerdings Fälle, wo ausnahmsweise Retention nicht zugelassen ist [8]). Das Retentionsrecht beschränkt sich in der Regel auf eine Einrede [9]), obgleich man das, weshalb man hätte retiniren dürfen, durch Klage von dem Anderen fordern darf [9]), sofern nämlich das Recht an sich nicht ein bloßes Exceptionsrecht ist [10]). Hat man an der zu retinirenden Sache selbst, d. h. unabhängig von der Forderung wider den Gegner, ein Recht [11]), und zwar ein nicht blos durch Einrede geltend zu machendes [12]), so nennen die Neueren das Retentionsrecht ein qualifizirtes, weil alsdann die Zurückforderung des bereits in den Händen des Gegners befindlichen Objects möglich ist [13]).

*) *Ge. L. Böhmer* D. de jure retentionis ejusque effectu (in elect. jur. civil. T. II. Nr. XII.). J. L. W. Faselius syst. Darstellung der Lehre vom Retentionsrechte. Halle 1793. 8.

1) §. 30. I. *de act.* Dig. (XVI, 2.) und Cod. (IV, 31.) *de compensationibus.*

2) L. 14. §. 1. D. *comm. div.* X, 3. — Vgl. Faselius a. a. O. §. 7.

3) Arg. L. 1. C. *unde vi* VIII, 4. — L. 25. D. *de pignor. et hyp.* XX, 1. — Vgl. L. 1. C. *si aliena res pign. data sit* VIII, 16.

4) L. 14. D. *de donat.* XXXIX, 3.

5) Arg. L. 14. §. 1. C. *de compens.* — *Leyser* sp. 175. m. 4. A. M. ist Thibaut Pand. Recht §. 224. — Uebrigens ist allerdings hier eben so, wie bei der Compensation darauf Rücksicht zu nehmen, ob der Anspruch des Gegners selbst liquide sei, oder nicht. S. unten Bd. II. §. 471. Nr. 2.

6) L. 50. §. 1. D. *de her. pet.* V, 3. („— impensas aut doli exceptione retenturum, aut actione negotiorum gestorum repeturum —.") L. 27. §. 5. L. 48. D. *de rei vind.* VI, 1. L. 2. pr. D. *de lege Rhodia de jactu* XIV, 2. L. 8. pr. D. *de pign. act.* XIII, 7. — L. 25. in f. D. *de proc.* III, 3. L. 18. §. 4. D. *commodati* XIII, 6. L. 15. §. 2. L. 53. §. 4. L. 59. D. *de furtis* XLVII, 2. — L. 13. §. 8. D. *d. a. e. v.* XIX, 1. („Offerri pretium ab emtore debet, cum ex emto agitur: — venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit.") L. 31. §. 8. D. *de aedil. ed.* XXI, 1. — L. 1. pr. in f. D. *de pign.* — L. 9. §. 3. *de damno inf.* XXXIX, 2. L. 8. D. *de incend. ruina etc.* XLVII, 9.

7) A. M. ist *W. V. Wiese* (resp. *J. C. Schroeder*) D. de retent. pignor. tam ob eadem quam ob diversa (Rost. 1780.) §. 5. u. Glück Pand. Bd. XV. §. 937. Nr. I.

8) Z. B. L. 11. C. *depositi* IV, 34. L. un. §. 5. C. *de rei ux. act.* V, 13. — Vgl. L. 5. D. *de dote praelegata* XXXIII, 4.

9) L. 19. §. 2. D. *de hered. pet.* — Eine Ausnahme sehe man in der L. 21. D. *ad SCt. Treb.* (Vgl. die Note 12.)

10) L. 50. §. 1. D. *de her. pet.* L. 14. §. 1. D. *comm. div.* L. 18. §. 4. D. *commodati.*

11) L. 51. D. *de cond. ind.* XII, 6. („Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea, si solverimus repetere, non possumus.") L. 48. D. *de rei vind.* L. 14. §. 1. *comm. div.* L. 33. in f. D. *de cond. ind.* L. 14. D. *de d. m. et m. exc.* XLVI, 4.

12) Z. B. L. 1. pr. in f. *de pignor.* L. 15. §. 5. D. *de re jud.* XLII, 1.

13) *Boehmer* l. l. §. 17. — Glück a. a. O. §. 936. Nr. II. S. 120 fgg.

§. 137.

Von den gerichtlichen Rechts- u. Schutzmitteln

A) überhaupt.

Vor dem Richter macht man sein Recht entweder angriffs- oder vertheidigungsweise geltend. Ersteres geschieht durch Klagen, d. s. die Rechtsmittel, wodurch Rechte wider

einen bestimmten Gegner verfolgt werden (vgl. oben §. 77.). Der Gegner (Verklagter) als solcher begehrt in der Hauptsache nur Abweisung des Klägers, oder: er vertheidigt sich gegen die Klage [1]), und zwar bald durch ein bloßes Läugnen des Klagegrundes, bald durch Exceptionen, d. s. Schutzbehauptungen, welche wider die Klage selbst, oder die Art ihres Anbringens gerichtet sind [1a]). Auf ähnliche Art können den Exceptionen Replicationen, diesen Duplicationen, u. s. f. entgegengesetzt werden [2]).

1) *Gaji* inst. IV, 116. „Comparatae sunt exceptiones *defendendorum* eorum gratia, cum quibus agitur." — S. auch L. 43. pr. D. *de reg. jur.*

1a) Die Röm. Juristen, und im Wesentlichen selbst noch Justinian, bestimmen bisweilen den Begriff von Exceptionen nach seiner ursprünglichen Bedeutung (*Gaj.* IV. 116. Pr. J. *de except.*), wie dies ja auch bei anderen Rechtsbegriffen wohl geschieht. Daß sie denselben aber auch in dem weiten Sinn nahmen, welcher ihm heut zu Tage beigelegt wird, beweisen die einzelnen Anwendungen, welche sich in den Quellen, namentlich bei Gajus IV. §. 124 fg., ferner in den Titeln der Institutionen, der Digesten und des Constitutionen-Codex *de exceptionib.* finden. Man hat dies jenem Begriff zu Liebe geläugnet (s. Zimmern Röm. Civilprozeß §. 96. a. E. und fast alle Neueren), auch wohl von Inconsequenzen der Röm. Juristen und des Kaisers Justinian gesprochen (z. B. Gesterding Ausbeute von Nachforsch. Bd. II. S. 185.). S. indessen *Cic.* de inv. II, 19., wo er darauf hinweist, daß die translationes — wohin insbesondere gehört, was wir durch Einreden der fehlenden Legitimation und des incompetenten Richters bezeichnen — durch prätor. Exceptionen vermittelt zu werden pflegten. Freilich darf man auch das: reus in exceptione actor est (L. 1. D. de exc.) nicht von den Exceptionen im weiteren Sinne (s. Hefftter zu Weber über die Verbindl. zur Beweisführung S. 270. a. E. und S. 286 fg. Nr. 1.) verstehen. — Uebrigens vgl. man auch noch die L. 22. pr. D. *de except.* XLIV, 1., ferner unten §. 141. u. das. die Note 3.

2) *Gaji* inst. IV. §. 126—129. Tit. Inst. *de replicationibus.* L. 2. §. 1. 3. L. 22. §. 1. D. *de except.* L. 10. C. *eod.* VIII, 36.

§. 138.

B) Insbesondere 1) von den Klagen *).

Von den einzelnen Klagegattungen sind die folgenden vorzüglich wichtig uud umfassend: 1) Die in rem, im Gegensatz der in personam actiones, eine von dem Klagegrunde und der hiernach eingerichteten Klageformel hergenommene Eintheilung [1]). Was nun 1) die in r. actiones anbetrifft, so muß man zwei Bedeutungen derselben unterscheiden: zuerst die allgemeine, wonach darunter eine in Ansehung der Person des

Beklagten unbeschränkte Klage verstanden wird [2]), sodann die engere und eigentliche, welche, soviel wir wissen, von den Röm. Juristen immer gemeint ist: wodurch Jemand eine Sache oder ein Recht als ihm gehörig (d. i. nicht als ein blos in Folge einer Obligatio zu leistendes oder zu gewährendes Object) in Anspruch nimmt [3]). Diese Klage kann in der Regel nur der Nichtbesitzer gegen den Besitzer anstellen [4]). In jenem allgemeinen Sinn umfaßt der Ausdruck denn auch die auf den status sich beziehenden Präjudizial-Klagen [5]). Uebrigens werden unter den praejudiciales formulae [6]) alle diejenigen verstanden, welche keine condemnatio haben [7]); jedoch wurden sie auf den status unbedingt angewandt, auch wenn es hierbei zunächst nur auf eine persönliche Leistung abgesehen war, wie bei der a. de partu agnoscendo [8]). 2) In personam actio ist jede Klage, welche ihrem Grunde nach einen bestimmten Gegner voraussetzt, von welchem irgend eine Leistung verlangt wird [9]); diese Klagen haben auch wohl den, jedoch hier uneigentlich gebrauchten, Gattungsnamen condictiones [10]). Uebrigens stehen mit dem Gegensatz der in rem und in personam actiones in genauer Verbindung die Begriffe der mixtae actiones, d. h. die ein doppeltes Fundament, ein dingliches und ein persönliches haben [11]), und der s. g. in rem scriptae actiones [12]). II) Eine zweite Haupteintheilung der Klagen, welche auf dem alten Rechtsverfahren beruht, unterscheidet das judicium im e. S., oder das Verfahren über pecunia certa, von dem arbitrium, d. i. dem Verfahren über pecunia incerta [13]). Ersteres fällt zusammen mit den stricti juris actiones [14]), deren Eigenthümlichkeit hauptsächlich in der Ernennung eines *judex* bestand, in der Bestimmtheit des Rechtsobjects, und in der Beschränkung des officium judicis, welcher genau an die ihm gewordene Instruction gebunden war; sie hießen auch vorzugsweise *condictiones* [15]). Bei den arbitria dagegen hatte der „arbiter" freiere Hand; doch kommt hierbei noch ein sehr wichtiger Unterschied vor: die dahin gehörigen actiones sind entweder bonae fidei oder arbitrariae im e. S. [15a]). Jene entspringen aus einem gegenseitigen Rechtsverhältnisse, wobei die Rücksicht auf Treu und Glauben etwas durchaus Wesentliches und daher auch die wich-

tigste Entscheidungsquelle in Ansehung der Frage ist, was Einer dem Anderen aus dem Verhältnisse zu leisten habe[16]). Bei den arbitrariae actiones fehlt die Gegenseitigkeit, und die besondere Berücksichtigung rechtlicher Gesinnung als Grund des Verhältnisses; im Uebrigen ist auch hier (für die meisten Fälle wenigstens) dem freien richterlichen Ermessen überlassen zu bestimmen, auf welche Art die Befriedigung des Klägers erfolgen solle[17]).

*) Inst. (IV, 6.) *de actionib.* — Dig. (XLIV, 7.) u. Cod. (IV, 10.) *de* (obligationibus et) *actionibus.* — *H. Donelli* comment. ad tit. Inst. de actionib. 1596. 8. — *Reinh. Bachovii Echtii* Tr. de actionibus. Frcf. 1657. 4. — Hasse d. j. über das Wesen der actio, im Rh. Mus. IV. Nr. I. u. VI. — Fritz Erläuterungen zu v. Wening S. 74 fgg.

1) §. 1. I. *de act.* L. 25. pr. D. *h. t.* (Vgl. *Gaji* instit. IV. §. 1. et 5.) — Uebrigens will hier Alles aus der Formel erklären Duroi im Archiv für civilist. Praxis VI. S. 423. (§. 22.) u. S. 436 fg. (§. 27.); geradezu umgekehrt dagegen leitet F. J. Stahl über das ältere Röm. Klagenrecht (München 1827. 8.) S. 6. 8. 13. u. an a. O. die Formeln aus dem Rechtsgrunde ab. S. auch Hasse a. a. O. S. 12 fg. (Cap. II.) und S. 154 fgg. (Cap. IV.) §. 1. I. *de act.* verb.: „agit — cum eo, *qui ei obligatus est.*"

2) Vgl. Durot a. a. O. §. 26. S. 429 fgg.; auch oben §. 79. Note 4.

3) §. 1. in f. u. §. 2. I. *de act.* — Vgl. Fritz a. a. O. S. 78—81; auch oben §. 79. Note 5.

4) Ausgenommen sind hier jedoch die auf Servituten sich beziehenden Klagen. S. auch §. 2. I. *h. t.* „Sane *uno casu*, qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit." Vgl. *H. Donellus* zu dieser Stelle Nr. 27—36. — *Jo. Doujatii* D. de uno casu (excurs. XVIII. ad Theophil. ed. *Reitz.* p. 1222.) Ferner die Noten zu Theophilus nach der Ausg. von Reitz S. 787 fgg. *Ev. Otto* ad h. §. nr. 4. — dachte Justinian hiebei etwa an die Fälle der L. 13. 14. 17. pr. D. *si serv. vind.* VIII, 5. L. 6. §. 2. D. *arbor. furt. caes.* XLVII, 7.?

5) §. 13. I. *h. t.* — Vgl. L. 1. §. 2. D. *de R. V.* VI, 1. L. 9. C. *de patr. pot.* VIII, 47. — L. 5. §. 18. D. *de agnosc. et alend. liber.* XXV, 3.

6) Ueber die Bedeutung des Ausdrucks praejudicium ist zu vgl. *Quinctil.* inst. or. V, 2. *Raevardi* de praejudiciis libri duo (opp. p. 811 sqq.) *de Savigny* D. de concursu delictorum formali (Marb. 1800. 8) §. 13—15. p. 56—90. Mein Entw. des Civilprozesses S. 27—29. Bei manchen juristischen Anwendungen liegt nun die vulgäre Wortbedeutung ganz zu Grunde; (s. *Gaji* inst. IV, 94.; vgl. *Brisson.* de V. S. *v.* praejudicium §. 1. 2. u. Rävardus a. a. O. Lib. II. c. VIII.) Dagegen läßt sich hieraus allein die Bedeutung von praejudicialis formula oder actio nicht erklären, und eben so wenig aus dem Begriffe der praejudicia als Einreden (s. §. 141. Note 2. 3.), wie dies Rävardus a. a. O. Lib. 1. c. 12 fgg. behauptet. Vgl. auch L. ult. D. *si ingen. esse dic.* XL, 14.

7) *Gaji* inst. IV, 44. *Theophili* Paraphr. ad §. 13. de act. — Vgl. *Donellus* l. l. zu §. 13 I. *de act.* Nr. 8.

8) *Gajus* et *Theophil.* II. II. — Vgl. §. 15. I. *de act.* L. 3. §. 2—5. D. *de agnosc. et alend. lib.* XXV, 3. — Ohne Grund behauptet daher Duroi a. a. O. S. 406., daß der Begriff Präjudizium gar keine Beziehung auf status und Personenrecht gehabt habe.

9) *Gaji* inst. Lib. IV. §. 1. u. 4. — („nec enim, quod nostrum est, nobis dari potest"—). — L. 25. pr. in f. D. *h. t.*

10) §. 15. I. *de act.* — S. unten Note 15.

11) §. 20. I. *h. t.* — Vgl. L. 7. C. *de her. pet.* III, 31. L. 25. §. 18. D. *eod.* V, 3. — (Hübner) Berichtigungen u. Zusätze zu Höpfner's Institutionen S. 120—128. von Löhr Magazin für Phil. u. Gesch. d. Rechts Bd. IV. Nr. 2. Fritz a. a. O. S. 82. 83. — Hasse a. a. O. S. 172 fgg. (Cap. VI.)

12) L. 9. §. 8. D. *quod. met causa* IV, 2. — L. 14. §. 3. *eod.* — L. 1. §. 12. D. *si quadr. paup. fec. dic.* IX, 1. — L. 3. §. 3. u. 15. D. *ad exhib.* X, 4. L. 6. §. 5. L. 12. D. *de aq. pluv. arc. act.* XXXIX, 3. — L. 1 §. 13. D. *quod legat.* XLIII, 3. — §. 6. I. *de act.* — L. 5. §. 13. *quod vi aut clam* XLIII, 24. — c. 18. X. *de rest. spoliat.* II, 13. — Vgl. Hübner a. a. O. S. 111—113. Feuerbach civilist. Vers. S. 248., dessen Begriffsbestimmung übrigens nicht zu billigen ist, da nicht alle in r. scr. actiones ihrem Grunde nach obligatorische, noch weniger aber ihrer Wirkung nach dingliche Klagen sind. — S. übrigens noch Duroi a. a. O. §. 19. S. 410 fgg.

13) *Cic.* or. pro Rosc. Com. c. 4. („Judicium est pecuniae certae, arbitrium incertae. — Ad judicium hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus, aut amittamus: ad arbitrium hoc modo adimus, ut neque nihil, neque tantum, quantum postulavimus, consequamur.") *Seneca* de benef. III, 7. — §. 29—31. I. *h. t.* — Vgl. *Jo. Matth. Magnus* ration. et different. jur. civ. Lib. I. (in *Meermanni* thes. T. III. p. 263 sqq.). E. Gans üb. röm. Obligationenrecht (Heidelb. 1819.) Abh. I. II. Meine Rec. dieser Schr. in den Heidelb. Jahrb. 1821. S. 47—63. 69. 70. *H. C. Stever* de summario Romanorum judicio, et stricti jur. seu de bonae fid. act. Lips. 1822. 8. M. S. Mayer die Litiscontestatio §. 6. S. 73—117.

14) §. 28. I. *h. t.* — Sie heißen auch stricti judicii actiones L. 5. §. 4. D. *de in lit. jur.* XII, 3. — *A. G. Heffter* observ. ad Gaji inst. comment. IV. cap. XIV. — Zimmern röm. Proceß §. 60.

15) Vgl. *Gaji* instit. IV. §. 18—20. §. 15. I. *h. t.* u. *Theophili* Paraphr. ad §. 3. I. de exc. — Unterholzner in d. Zeitschr. f. hist. R. W. I. S. 250—253. *H. C. Stever* de serv. praed. c. VI. §. 7. — Gans a. a. O. §. 3., verbunden mit den Heidelb. Jahrb. S. 53—55. Zimmern a. a. O. §. 61. 62. — Uebr. vgl. noch Tit. Dig. *de condictione ex lege* XIII, 2. §. 24. in f. u. §. 25. in f. I. *h. t.* — *Westenberg* D. IV. de causs. oblig. c. I. §. 3. Glück Pand. XIII. §. 842. J. L. Schmidt Lehrb. von gerichtl. Klagen u. Einr. §. 1338. 1339.

15a) A. M. ist Benfey (Beitrag zu der Lehre von den arbitrariae actiones, im Rhein. Mus. IV. Nr. IX. §. 4. 5. S. 319 fgg.); nach ihm ist das arbitrium bei Cicero ein b. f. judicium, und davon die arbitraria actio ihrem Wesen nach durchaus verschieden.

16) §. 30. I. *h. t.* L. 7. D. *de negot. gest.* III, 5. *Gaji* instit. IV, 61—63. — *Heffter* l. l. c. XV. Zimmern a. a. O. §. 63. u. §. 63. *a.* — Burchardi Wiedereinsetz. in den vor. Stand. §. 18. S. 284 fgg.

17) §. 31. I. *h. t.* — Ursprünglich kam hiebei zuerst eine Auflage judicis arbitrio zu restituiren vor, und erst im Ungehorsamsfall erfolgte die Condemnatio. Vgl. *Gaji* inst. IV, 163—165. §. 31. I. *h. t.* u. dazu *Theophil.* L. 18. pr. D. *de dolo malo* IV, 3. L. 4. §. 3. D. *fin. regund.* X, 1. Vgl. Keller über L. C. u. Urtheil. §. 27. S. 213 fgg. Benfey a. a. O. §. 1 fgg. — Daß darnach der Begriff noch im neuesten Recht also bestimmt wird, und dennoch dieses Verfahren lange nicht mehr vorkam, ja auf manche arbitrariae actiones überhaupt nie anwendbar war (s. *a Costa* u. *Vinnius* ad §. 31. I. *h. t.*, auch *Bachov* a. a. O. disp. VII. P. I. th. III. u. P. II.), erklärt sich daraus, daß gewöhnlich im R. R. die Begriffe nach ihrer ursprünglichen Bedeutung, und nicht nach ihren späteren Veränderungen bestimmt werden. — Ueber die arbitr. act. s. auch noch *G. J. Ribbentrop* comment. ad L. 16. §. 5. D. *de pign.* u. L. 9. §. 1. D. *de exc. rei jud.* Gott. 1824. §. 2. 3. (p. 2—41.). *Heffter* l. l. cap. XVI. Zimmern a. a. O. §. 67. 68. Hasse a. a. O. S. 26—37. — Ueber die heutige Anwendung der Begriffe selbst, welche unter Nr. II. im Text vorgetragen sind: *N. H. Gundling* D. de usu practico actionum bonae fidei et stricti jur. (in exercitt. academ. Nr. XV.) c. II. u. v. Weyhe wissenschaftl. Bearbeit. des allgem. Privatr. §. 414. Vgl. auch unten Bd. II. §. 329.

§. 139.

Außer den bisher genannten sind hier noch folgende Eintheilungen der Klagen zu bemerken: I) Nach ihrem Ursprunge sind zu unterscheiden: a) die civiles und honorariae [18]), b) die directae und utiles, von denen manche fictitiae genannt werden [19]), d. s. überhaupt diejenigen, welche durch Uebertragung der ursprünglichen Klagen (dir. a.) auf andere Personen, oder auf andere Verhältnisse gegeben werden [20]). II) Nach ihrem Zwecke und Gegenstande lassen sich ebenfalls mehrere Klassen unterscheiden: die Klagen sind entweder a) auf Sachverfolgung gerichtet, oder auf Strafverfolgung, oder auf beides zugleich — mixtae actiones [21]); b) sie gehen entweder auf individuell bestimmte Gegenstände, oder auf ein Begriffsganzes, und diese sind entweder eigentliche Universalklagen — de universitate (d. i. hier hereditate) propositae —, oder Generalklagen, d. i. hier solche, wodurch eine s. g. universitas facti verfolgt wird [22]). III) Auch nach dem Parteienverhältnisse muß ein zwiefacher Gegensatz angenommen werden: a) der directae d. h. hier der hauptsächlichen Klagen, und der contrariae, d. h. solcher Klagen, welche auch der aus einem Rechtsverhältnisse zunächst Verpflichtete möglicherweise haben kann [23]); b) der simplices und duplices, d. h. wobei jeder Theil in Ansehung der condemnatio als Kläger oder als Be-

klagter behandelt werden kann, unabhängig von der Parteirolle, in welcher er zunächst aufgetreten ist [24]). IV) Nach der Formel sind die actiones entweder vulgares oder non vulgares, d. s. in factum actiones im eigentlichen und ursprünglichen Sinne [25]); jene sind entweder in jus oder in factum conceptae [26]) (in f. actiones im technischen Sinne), zu den non vulgares aber gehören sowohl die in factum praetoriae [27]), als auch die praescriptis verbis [28]), oder in factum civiles actiones [29]), endlich die utiles actiones [30]). V) Nach der Form des gerichtlichen Verfahrens kann man zuvörderst im Allgemeinen die regelmäßigen und die außerordentlichen Rechtsverfolgungsmittel einander entgegensetzen; hiezu gehören alle, wobei sich etwas Abweichendes von dem Gewöhnlichen findet [31]), namentlich die summarisch zu verhandelnden Klagen, wohin denn auch die Interdicte zu zählen sind [31 a]). Im Sinne des altröm. Prozesses aber wird der Ausdruck extra ordinem auf den bereits am Ende des 3. Jahrh. nach Chr. abgekommenen ordo judiciorum [32]), gewöhnlich wenigstens [33]), bezogen, so daß mithin extraordinariae cognitiones oder persecutiones diejenigen Klagen heißen, worüber der rechtsprechende Magistratus selber, also ohne judex, entschied [34]). VI) Nach der Befugniß zur Rechtsverfolgung sind die Popular- und Privat-Klagen zu unterscheiden [35]), so wie VII) nach der Verjährungszeit die perpetuae und temporales actiones [36]). Endlich VIII) sind allen übrigen Klagen (welche man in dieser Beziehung simplices a. nennen könnte) die s. g. adjectitiae qualitatis actiones [37]) entgegenzusetzen; d. s. diejenigen, zu deren eigentlichem Fundament noch ein anderes hinzutritt, nach welchem die Klage gewöhnlich benannt wird, und zwar bald als eigentlich neuer Rechtsgrund (z. B. rei jud. actio), bald zur Bezeichnung eines Verhältnisses, wodurch bewirkt wird, daß ein Anderer, als der ursprünglich Obligirte, in Anspruch genommen werden kann, z. B. die de peculio, de in r. verso actio [38]).

18) L. 25. in f. D. *h. t.* §. 3—12. I. *h. t.* — *A. Magnus* l. l. c. 3. — (Vgl. Note 26.)

19) *Gaji* inst. IV. §. 34—38. *Ulpiani* Fr. Tit. 28. §. 12.

20) L. 21. D. *de praescr. verb.* XIX, 5. („Quotiens deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio est.") — L. 47. §. 1. D. *de negot.*

gest. III, 5. („Nec refert, directa quis, an utili actione agat, vel conveniatur: maxime cum utraque actio ejusdem potestatis sit eundemque habeat effectum.") — *Jos. Fern. de Retes* excurs. analect. VI. (in *Otto* thes. T. V. p. 1277 sqq.). Meine Cession d. Forderungsr. §. 15. 16. — Zimmern a. a. O. §. 54.

21) *Gaji* inst. IV. §. 6—9. Vgl. daſ. die Note von Göſchen zu §. 9.). §. 16—19. I. *h. t.*

22) L. 1. pr. u. §. 1. L. 73. D. *de R. V.* VI, 1. (vgl. L. 11. C. *de pet. her.* III, 31.). — L. 38. pr. D. *pro soc.* XVII, 2. (Nicht zu verwechſeln damit iſt der Begr. specialis u. generalis actio in L. 1. §. 17. D. *de aq. pluv. arc. act.* XXXIX, 3.) — Vgl. Claproth ord. Proc. II. §. 107. Glück Pand. Bd. III. §. 276.

23) L. 18. §. 4. D. *commod.* XIII, 6. L. 17. §. 1. *eod.* — L. 8. §. 2. D. *de negot. gest.* III, 5. L. 1. §. 8. D. *de contr. tut. act.* XXVII, 4. — §. 2. I. *de poena tem. lit.* — *Ernesti* clav. Cic. v. *judicium.* Gans a. a. O. §. 5. S. 107—116. Verſchieden davon iſt das wegen Chicane des Klägers entgegengeſetzte Urtheil. *Goji* inst. IV. §. 174—181.

24) L. 37. §. 1. D. *de O. et A.* XLIV, 7. §. 7. I. *de interdictis.* (*Gaji* instit. IV. §. 156—160.) L. 10. D. *fin. reg.* X. 1. („Judicium communi dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum tale est, ut in eo singulae personae duplex jus habeant: agentis, et ejus, quocum agitur.") — Vgl. übrigens L. 13. in f. D. *de jud.* V, 1. L. 2. in f. *comm. div.* X, 3. — v. Savigny das Recht d. Beſitzes §. 37. S. 433—436. (d. 5. A.)

25) L. 1. pr. D. *de praescr. verb.* XIX, 5. S. Heidelb. Jahrb. a. a. O. S. 67. — Vgl. auch üb. den Inhalt dieſer Note und üb. folgende: Haſſe a. a. O. S. 38 fgg.

26) *Gaji* inst. IV. §. 45—47. — Heidelb. Jahrb. a. a. O. S. 50. 51. Meine Ceſſion §. 15. Nr. II. u. oben §. 1. Note 9. *a.*

27) L. 7. §. 2. D. *de pact.* II, 14.

28) *Gaji* inst. IV. §. 132. („Praescriptiones autem appellatas esse ab eo, quod ante formulas praescribuntur, plus quam manifestum est.") — Heidelb. Jahrb. S. 71. 72. F. L. Keller über Litiscontestation ꝛc. §. 58—60. (S. 511—529.). Zimmern a. a. O. §. 55.

29) L. 1. §. 1. L. 2. L. 5. §. 2. D. *de praescr. verb.* — S. auch Keller a. a. O. §. 33. S. 252 fg. Note 17. Haſſe a. a. O. S. 42—49.

30) L. 29. §. 7. L. 53. D. *ad Leg. Aquil.* IX, 2. L. 46. in f. D. *de hered. inst.* XXVIII, 5.

31) S. z. B. L. 16. pr. u. §. 2. D. *de min.* (IV, 4).

31a) *Gaji* inst. IV. §. 141. — S. unten §. 155. Note 8.

32) L. 2. C. *de pedan. jud.* III, 3. — v. Savigny Geſch. des röm. Rechts im Mittelalter Bd. I. S. 77. 78. v. Löhr Ueberſ. d. Conſtit. von Theodos II. bis Juſtin. S. 84. — Vgl. §. 8. I. *de interd.* „— quoties extra ordinem jus dicitur, *qualia sunt hodie omnia judicia*" —.

33) Denn auch von der vulgären Bedeutung des Ausdrucks finden ſich Anwendungen im R. R. S. z. B. *Cellii* noct. att. XII, 13. *Suetonii* Tiber. c. 13. L. 2. §. 33. D. *de O. J.* I, 2. L. 13. C. *de rei vind.* III, 32.

34) *Ulpiani* Fragm. Tit. XXV. §. 12. — Dig. Tit. *de extraord. cognit.* L, 13. — Vgl. auch *Cic.* orat. part. c. 28.

35) Dig. Tit. *de popularib. actionib.* XLVII, 23. — Vgl. L. 42. pr. u. L. 43. §. 2. D. *de proc.* III, 3. L. 30. §. 3. D. *de jurejur.* XII, 2.

36) Inst. Tit. *de perpetuis et temporalib. actionib.* (et quae ad heredes et in heredes transeunt). — Vgl. Bd. II. §. 481.

37) Veranlassung zu dieser Benennung hat die Aeußerung von Paulus gegeben, in der L. 5. §. 1. in f. D. *de exercit. act.* XIV, 1. „Hoc edicto non transfertur actio, sed adjicitur."

38) Vgl. Hübner a. a. O. S. 84—88. — In einem noch weiteren Sinne nehmen Andere d. Ausdruck, z. B. Thibaut Pand. §. 72. a. E.

§. 140.

Von der Klagen-Concurrenz *).

Unter Klagen-Concurrenz verstehen wir hier [1]) das Zusammentreffen mehrerer Klagen, welche in Beziehung auf dasselbe Verhältniß, oder dasselbe Object begründet sind. Man unterscheidet aber einen subjectiven und einen objectiven Klagenconcurs, den man bei dieser Lehre vorzugsweise vor Augen hat. A) Ein subjectiver Kl. C. ist vorhanden, wenn aus dem nämlichen Rechtsgrunde, oder doch in Ansehung des nämlichen Objects Mehrere berechtigt oder verpflichtet sind [2]). Ist hier Recht oder Verbindlichkeit ein solidarisches, so werden in der Regel durch die eine Klage die übrigen zerstört [3]). Die entgegengesetzte Regel tritt ein, wenn dasselbe Object aus verschiedenen Rechtsgründen von Mehreren gefordert werden kann [4]), so wie sich ganz von selbst versteht, daß bei getheilten Rechten und Verbindlichkeiten jede Klage neben der andern besteht [5]). B) Ein objectiver Kl. C. ist vorhanden, wenn derselbe Kläger gegen denselben Verklagten verschiedene, jedoch ihrem Grunde nach verwandte oder sonst mit einander in materieller Verbindung stehende Klagen hat. Hierbei unterscheidet man denn wieder die successive, die cumulative und die elective Concurrenz. Die erstere nimmt man alsdann an, wenn die eine Klage vorbereitend für die andere ist [6]). Bei einer cumulativen Kl. C. können die verschiedenen Klagen vollständig, zugleich oder nach einander, geltend gemacht werden [7]); electiv aber ist die Kl. C., wenn nur eine Wahl zwischen mehreren Statt findet. Inwiefern nun die Concurrenz nur eine elective, oder eine cumulative ist, ergiebt sich aus folgenden Regeln: I) Wenn für die concurrirenden Klagenden der nächste Klagegrund sowohl, als auch die Objecte verschieden sind, so können alle vollständig ausgeübt werden [8]), falls die Natur

des Verhältnisses es nicht von selbst mit sich bringt, daß nur die eine geltend gemacht werden kann [9]). II) Ein Gleiches gilt in der Regel, wenn die Klagen auf demselben Grunde beruhen, das Object derselben aber verschieden ist [10]). Besteht diese Verschiedenheit aber lediglich in dem Schätzungsmaaßstabe für einen erlittenen Schaden, so hebt die größere Klage die kleinere auf; hat man dagegen mit dieser zuerst geklagt, so kann man jene noch auf das Mehrere anstellen [11]). Ist dagegen die eine, gleichviel welche, vom Richter als überhaupt unbegründet verworfen, so kann nunmehr von der anderen gar nicht mehr die Rede seyn [12]). III) Wenn das Object dasselbe, der Klagegrund aber verschieden ist, so zerstört die durchgesetzte Klage auch die übrigen [13]), nicht aber die aufgegebene, oder die aberkannte [14]). IV) Ist endlich Beides, Klagegrund und Gegenstand, identisch, so muß nothwendig immer die eine die andere aufheben [15]).

*) *H. Donelli* comment. jur. civil. Lib. XXIII. c. 3. — *Herm. a Vianen* D. de concursu actionum (in *Oelrichs* thesaur. nov. Diss. in acad. Belg. hab. Vol. I. Nr. IV.). — *C. F. v. Savigny* D. de delictor. conc. formali §. 4—9. p. 19—46. — Thibaut civilist. Abh. Nr. IX. — Keller Litiscontestat. V. Abschn. S. 411 fgg. u. besonders das. §. 55. S. 479 fgg. — *A. O. Krug* sel. de cond. furt. capita. Lips. 1830. Cap. III.

1) Denn von dem formellen Kl. C. — der Verbindung mehrerer Klagen in einem Libell (*a Vianen* c. l. §. 8.)], so wie dem gemeinschaftlichen Verfahren mehrerer Gläubiger wider einen insolventen Schuldner (*a Vianen* l. l. §. 11. — auch unten §. 170 fgg.) — ist hier nicht die Rede. Vgl. auch Thibaut S. 153—156.

2) S. a) die Lehre von der Correalobligation, Bd. II. §. 490 fgg. — b) L. 1. §. 9. L. 18. §. 2. D. *de injur.* XLVII, 10. — c) L. 9. pr. D. *de transact.* II, 15. L. 5. C. *arbitrium tutelae* V, 51. — S. auch die beiden folgenden Noten.

3) a) §. 1. I. *de duob. reis stipul. et promitt.* L. 1. §. 4. D. *de eo, per quem fact. erit, quo minus quis in jud. sistat* II, 10. (Ausnahmen s. m. in der L. 11. §. 2. L. 51. in f. D. *ad leg. Aquil.* IX, 2. L. 55. §. 1. *de adm. tut.* XXVI, 7.). — b) L. 3. §. 5. L. 6. §. 4. D. *nautae, caup., stabul. ut rec. rest.* IV, 9. L. ult. pr. §. 1. u. 2. C. *de furt.* VI, 2. — L. 11. §. 8. D. *de exc. rei jud.* XLIV, 2.

4) L. 3. §. 15. D. *de tab. exhib.* XLIII, 5. — Vgl. L. 108. §. 4. D. *de leg.* 1. u. §. 6. I. *de leg.*; auch Note 2. Nr. b. u. c.

5) L. 1. C. *de transact.* II, 4. Arg. L. 1. C. *inter alios acta vel judicata aliis non nocere* VII, 60.

6) L. 23. §. 5. D. *de R. V.* VI, 1. („ad exhibendum agere potest, ut separentur, et tunc vindicentur.") L. 1. L. 2. L. 3. §. 3—6. D. *ad exhib.* X, 4. — L. 16. 18. D. *de exc.* XLIV, 1. — c. 8. X. *de ord. cognit.* II, 10.

7) *a Vianen* c. III.

8) L. 2. §. 1. u. 4. D. *de privat. del.* XLVII, 1. („Qui hominem subripuit et occidit, quia subripuit, furti, quia occidit, Aquilia tenetur. — Item si quis subreptum flagello ceciderit, duabus actionibus tenetur: furti, et injuriarum, et si forte hunc eundem occiderit, tribus actionibus tenebitur.") — L. 27. pr. D. *ad leg. Aquil.* L. 11. §. 2. D. *de servo corr.* XI, 3. („— nec sufficiet, alterutra actione egisse, quia altera alteram non minuit. — Quamvis enim condictione hominem, poenam autem furti actione consecutus sit, tamen et quod interest, debebit consequi actione servi corrupti.") — Hierauf bezieht man gewöhnlich folgende Aeußerung: „Numquam actiones, praesertim poenales, de eadem re concurrentes alia aliam consumit" in der L. 60. *de O. et A.* XLIV, 7. u. L. 130. *de reg. jur.* S. Savigny §. 7. S. 38 fg., vgl. aber nunmehr Keller a. a. O. S. 483 fgg. S. auch *Krug* l. l. p. 48 sqq.

9) Z. B. L. 7. D. *de lege comm.* XVIII, 3.

10) L. 32. D. *de O. et A.* §. 1. in f. I. *si quadrup. paup. fec.* L. 7. §. 1. D. *de cond. furt.* XIII, 1. L. 45. 46. D. *pro soc.* XVII, 2. L. 42. D. *loc.* XIX, 2. L. 1. §. 22. L. 2. §. 1. D. *de tut. et rat. distr.* XXVII, 3. L. 54. §. 3. D. *de furt.* XLVII, 2. (Ausn. s. in L. 9. §. 6. *quod met. causa* IV, 2. u. L. 1. §. 21. *de tut. et rat. distr.*; Thibaut a. a. O. S. 196—200.) — Als widerstreitend darf aber nicht betrachtet werden die L. 71. pr. *de furt.* („Si is, cui commodata res erat, furtum ipsius admisit, agi cum eo et furti et commodati potest, et si furti actum est, commodati actio, exstinguitur, si commodati, actioni furti exceptio objicitur.") S. *Cujacii* obs. XVII, 12. u. Thibaut S. 168. — Offenbar war aber a. M. Modestinus in d. L. 53. pr. D. *de O. et A.* Vgl. Thibaut S. 167.

11) L. 34. pr. D. *de O. et A.* L. 88. D. *de furt.* L. 7. §. 1. D. *comm.* XIII, 6. L. 47. pr. D. *pro socio.* — L. 34. in f. D. *de O. et A.* („— si tibi commodavero vestimenta, et tu ea ruperis, utraeque — actiones rei persecutionem continent: et quidem post legis Aquiliae actionem utique commodati finietur; post commodati, an Aquiliae remaneat, in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur: sed verius est, remanere, quia [*quatenus*?] simplo accedit, et simplo subducto locum non habet.") L. 41. §. 1. *eod.* („Si eodem facto duae competant actiones, postea judicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat: si tantundem, aut minus, id consequatur.") S. *a Vianen* c. II. §. 6. *Jo. Lud. Conradi* opusc. II. p. 270. J. H. Klüpfel im Archiv f. civ. Praxis II. Nr. 23. besonders aber Savigny §. 6. S. 29. Thibaut S. 191—194. u. *Krug* l. l. p. 58 sq. p. 65 sq.

12) Thibaut S. 169. 179. u. 201.

13) L. 57. D. *de reg. jur.* („Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur.") L. 31. §. 16. in f. D. *de aedil. ed.* XXI, 1. L. 2. §. 1. D. *de tut. et rat.* („Quodsi furandi animo fecit, etiam furti tenetur. Utraque autem actione obligatur, et altera alteram non tollet. *Sed et condictio ex furtiva causa competit: per quam, si consecutus fuerit pupillus quod fuerit ablatum, tollitur hoc judicium: quia nihil absit pupillo.*") L. 34. §. 1. *de O. et A.* §. 2. init. *eod.* L. 9. §. 1. *de furt.* — In diesem Sinne sind auch zu verstehen die L. 71. pr. D. *de furt.* u. L. 9. §. 1. D. *de trib. act.* XIV, 4. — *H. Donelli* comment. jur. civ. Lib. XXI. c. 3. §. 9.

14) L. 18. D. *de O. et A.* — Eine Ausn. enthält L. 8. pr. C. *de codicill.* VI, 36.

15) L. 76. §. 8. D. *de leg.* II. L. 43. §. 1. D. *de reg. jur.*

§. 141.

2) Von den Einreden *).

Die Hauptgattungen der Einreden lassen sich auf zwei Gründe zurückführen: I) nach ihrem nächsten Zweck sind die Einreden entweder dilatorische, auch temporales, und peremtorische, auch perpetuae exc. genannt. Erstere sind diejenigen, welche entweder geradezu nur zeitige Entfernung der Klage bezwecken, oder durch die Rüge eines möglicherweise zu beseitigenden Mangels gleiche Wirkung haben; die peremtorischen Einreden sollen nach der Absicht des Verklagten die Klage ganz oder theilweise zerstören [1]). Sieht man auf den nächsten Zweck, so gehören auch die Präjudicial-Einreden [2]) zu den dilatorischen [3]); auch sind dieselben zugleich praescriptiones, ein Begriff, der aber noch umfassender ist [4]). II) Nach ihrer subjectiven Zulässigkeit sind die Einreden entweder in rem oder in personam. Im eigentlichen Sinne sind die ersteren solche, welche Allen zustehen, die aus einem gewissen Verhältnisse in Anspruch genommen werden können, und Allen, die aus demselben klagen, entgegenstehen. Es giebt aber Einreden, welche zwar activ, d. h. in Beziehung auf die Person des Verklagten in rem, passiv aber, d. h. in Beziehung auf die Person des Klägers in personam sind, so wie umgekehrt solche, die activ in personam, passiv aber in rem sind [5]). — Außerdem giebt es aber auch s. g. in rem scriptae exceptiones [6]), utiles [7]), in factum [8]) und temporales d. h. hier verjährbare [9]). Uebrigens kann man mehrere Einwendungen neben einander der nämlichen Klage entgegensetzen, auch wenn sie einander widerstreiten, da das Vertheidigungsrecht nicht in so enge Gränzen eingeschlossen ist, als das Recht des Angriffs, oder der Klage [10]).

*) I. IV, 12. *de exceptionib.* Dig. XLIV, 1. *de exceptionibus, praescriptionibus et praejudiciis.* Cod. VIII, 36. *de exceptionib. seu praescriptionib.* — Zimmern röm. Proceß §. 91—98. — Gesterding Ausbeute u. s. w. Bd. II. Nr. V.

1) *Gaji* inst. IV, §. 120—125. §. 8—10. I. *h. t.* L. 2. §. 4. L. 3. D. *h. t.* — Uebrigens hatte im früheren R. R. jede exc. die Wirkung einer zerstörlichen Einrede, wenn der Kläger sich daran nicht kehrte.

Gajus IV, 123. a. E. u. 124. a. E. *Theophil.* in paraphr. ad §. 10. I. *de except.*

2) So mannigfaltig auch die Präjudicial-Einreden sind, wenn man auf ihren Inhalt — auf ihr materielles Verhältniß zu einer anderen Sache — sieht, so kommen sie doch alle darin mit einander überein, daß die frühere Entscheidung über den Präjudicial-Punct nothwendig erscheint, damit nicht die Entscheidung eines anderen Streitpuncts darauf von Einfluß sei (L. 16. 18. D. *h. t.*), gleichviel, ob überhaupt ein materieller Zusammenhang existire (s. die einzelnen Entscheidungen der Codextitel *de ordine judiciorum* III, 8. und *de ordine cognitionum* VII, 19.), oder nicht; s. L. 54. D. *de judic.* V, 1. L. 21. D. *h. t.* („Rei majoris pecuniae praejudicium fieri videtur, cum ea quaestio in judicium deducitur, quae vel tota, vel ex aliqua parte communis est quaestioni de re majori.") — Vgl. *de Savigny* de concursu delictor. formali §. 14. p. 71 sqq. — Die L. 12. D. *h. t.* („Generaliter in praejudiciis is actoris partes sustinet, qui habet intentionem secundum id, quod intendit") spricht eine allgemeine Regel aus, welche wenigstens nicht zu beschränken ist auf Präjudicial-Einreden. Vgl. über diese Stelle *Cujac.* obs. V, 37. *van de Water* observ. jur. rom. II, 9., u. den von beiden durchaus abweichenden *Raevardus* de praejud. Lib. II. c. 2. — S. auch *Schulting* und *Smallenburg* Not. ad Dig. T. VI. p. 620 sq.

3) Daß die Präjudizien (auch als Einwendungen eines Verklagten) überall nicht zu den Exceptionen im ursprünglichen und eigentlichen Sinne gehörten, also an sich auch verschieden waren von den dilatoriae exceptiones, ja daß wichtige practische Verschiedenheiten zwischen beiden Arten der Einwendungen auch noch zur Zeit der klassischen Juristen Statt fanden, kann nicht geleugnet werden (Zimmern r. Prozeß §. 97.); allein eben so wenig, daß beide ihrem hauptsächlichen Zwecke nach einander ähnlich sind, daß auch die Präjudizien (so wie alle Präscriptionen) bisweilen exceptiones, umgekehrt aber alle Exceptionen auch praescriptiones genannt wurden (s. z. B. L. 8. u. 12. C. *h. t.*), wie denn dies Alles auch namentlich von Zimmern a. a. O. zugegeben wird.

4) *Gaji* inst. IV. §. 132. 133. — Vgl. *Heffter* l. l. c. XXIII. besonders a. E. S. auch *Raevard.* de praejud. Lib. I. c. 7. — *Westenberg* princ. jur. Dig. Tit. de exc. §. 43.

5) L. 7. D. *h. t.* L. 2. §. 1. 2. D. *de doli mali exc.* XLIV, 4. L. 4. §. 33. *eod.* L. 1. §. 3. D. *quarum rerum actio non datur* XLIV, 5. Vgl. meine Cession. §. 59. 60.

6) L. 4. §. 33. D. *de d. m. et m. exc.*

7) L. 41. D. *de minor.* IV, 4. L. 21. D. *de praescr. verb.* XIX, 5.

8) §. 1. I. u. L. 23. in f. D. *h. t.* — Zimmern a. a. O. §. 94. — Burchardi Wiedereinsetzung in den vor. Stand. S. 292 fg.

9) S. unten Bd. II. §. 378. u. §. 481. gegen d. E.

10) L. 5. 8. D. *h. t.* — L. 43. D. *de reg. jur.* („Nemo ex his, qui negant, se debere, prohibetur, etiam alia defensione uti, nisi lex impedit." S. *R. J. Pothier* Pand. Justin. ad Tit. de exc. Nr. IX. not. k.

§. 142.

Von den Mitteln, einer dolosen oder leichtsinnigen Prozeßführung vorzubeugen.

Von den mancherlei Mitteln, welche das R. R. kennt, um ungerechte Prozeßführung zu verhüten, sind hier nur die

dem neuesten Röm. Recht angehörigen zu erwähnen, nämlich: Eidschwur, Sicherheitsbestellungen, processualische = und Vermögens = Nachtheile, und Infamie [1]). Nämlich 1) schon beim Anfang des Rechtsstreits soll jeder Theil auf Verlangen des Anderen das jusjurandum calumniae schwören, d. h. eidlich versichern, daß er nicht aus Chicane, sondern aus Ueberzeugung von seinem Recht den Streit begonnen, oder sich in denselben eingelassen habe [2]). 2) Jeder Kläger soll dem Gegner wegen gehöriger Fortsetzung des Prozesses Sicherheit bestellen, widrigenfalls zum zwiefachen Schadenserfatz verpflichtet seyn [3]), umgekehrt hat jeder Verklagte zu caviren, sich dem Prozeß, bis zu dessen Beendigung, nicht entziehen zu wollen [4]). 3) Zur Strafe des Läugnens wird in manchen Fällen die Leistungsverbindlichkeit verdoppelt, wie bei den Ansprüchen wegen eines damnum injuria datum, oder bei den Vermächtnissen zum Besten einer pia causa [5]); mit anderen Strafen sind diejenigen bedroht, welche ihre Eltern und Patrone vor Gericht laden, ohne dazu vorher eine Erlaubniß bei dem Magistratus nachgesucht und erhalten zu haben [6]); ferner gehören hieher die Nachtheile der Pluspetition [7]), deren man sich schuldig macht, wenn man im eigentlichen Sinne zu viel fordert (pl. pet. *re*), oder zu früh (pl. p. *tempore*), oder nicht an dem rechten Orte seine Forderung anbringt (pl. p. *loco*), oder auf irgend eine andere Weise (z. B. so, daß man dem Gegner das ihm zustehende Wahlrecht entzieht) die Gränzen seines Forderungsrechts überschreitet (pl. p. *causa*); endlich trifft die ohne Fug und Recht streitende Partei die Verpflichtung zum Kosten = und überhaupt zum gesammten Schadens = Ersatz [8]). 4) Mit Infamie werden diejenigen belegt, welche aus einem, Dolus voraussetzenden Delict, so wie in Folge der de dolo actio verurtheilt sind, oder sich verglichen haben, ferner die auf den Grund einer tutelae, mandati, depositi actio directa, auch der pro socio a. Verurtheilten [9]).

1) Inst. IV, 16. *de poena temere litigantium.* — Ueber das ältere Recht s. *Gaji* inst. IV. §. 171—182. — Zimmern a. a. O. §. 179. 180.

2) L. 2. C. *de jurejur. propt. calumn.* II, 59. Vgl. Nov. 49. c. 3. u. Nov. 124. c. 1.

3) Nov. 96. c. 1.

4) §. 2. I. *de satisdat.* — Vgl. §. 3—7. *eod.* u. *Gaji* instit. IV. §. 88—102.

5) §. 1. I. *h. t.* §. 23. 26. I. *de act.* (Vgl. *Gaji* inst. IV. §. 9. u. 171.) Ueber andere Nachtheile des böslichen Läugnens s. m. L. 11. §. 3. 4. D. *de int. in jure fac.* XI, 1. L. 25. pr. D. *de probat.* XXII, 3.

6) §. 3. in f. I. *h. t.* §. 12. I. *de act.* 1) Doch darf die poena pl. pet. nicht mit den poenae temere litigantium, welche auf rein positiven Bestimmungen beruhen, unter einen Gesichtspunct gebracht werden. S. Keller v. d. L. C. §. 56.

7) §. 33. I. *de act.* §. 9. I. *de except.* Vgl. §. 24. I. *de act.* — S. übrigens §. 7. I. *de injur.* u. L. 4. §. 3. L. 5. §. 2. D. *de in lit. jur.* XII, 3. — Vgl. auch *Gaji* inst. IV. §. 54. 55. u. §. 35. I. *de act.*

8) §. 10. in f. I. *h. t.* L. 79. D. *de jud.* V, 1. L. 5. C. *de fruct. et lit. exp.* VII, 51. Von *Cujacius* XII. obs. 1. aus den Basil. wiederhergestellt. S. auch Witte die leges restitutae. S. 204. 205.

9) §. 2. I. *h. t.* — Vgl. *Gaji* inst. IV. §. 182. — L. 1. pr. D. *de his, qui not. inf.* III, 2. „Praetoris verba dicunt: — qui furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo malo et fraude *suo nomine* damnatus pactusve erit." — Vgl. L. 6. § 3, 5. 6. 7. L. 7. D. *eod.* — L. 36. D. *de O. et A.* XLIV, 7. „Cessat ignominia in condictionibus, quamvis ex famosis causis pendeant." Der Grund hievon ist, daß Infamie nur bei eigentlichen Strafklagen, so wie bei solchen Statt findet, die ihren Grund in der bona fides haben; weder das Eine noch das Andere leidet auf Condictionen Anwendung. (S. die Heidelb. Jahrb. v. 1821. S. 52.) Darum infamirt denn auch die rerum amotarum actio nicht. S. L. 26. D. *rer. amot.* XXV, 2.

§. 143.

Von der Rechtsverfolgung selbst *).

I. Einleitung des Prozesses **). — Insbesondere

1) von den interrogationes in jure.

Den Anfang des Prozesses machte die Ladung — in jus vocatio [1]) —, auf welche die actionum impetratio folgte, d. h. es wurde auf Ertheilung einer actio angetragen, wenn es an einer vulgaris a. fehlte [2]), — sonst die actionis editio [3]), das Vadimonium [4]), und zuletzt die postulatio actionis, d. h. es wurde verlangt, daß das judicium constituirt und der judex oder arbiter mit Instruction versehen werde [5]). Hiezu kam denn unter den Kaisern noch die förmliche Streitverkündigung (litis denuntiatio), welche indessen unter Justinian schon wieder verschwunden ist [6]); inzwischen waren die mit dem ordo judiciorum privatorum in Verbindung stehenden Einleitungshandlungen von selbst weggefallen, außerdem wurden hier auch noch manche Neuerungen vom K. Justinian aus-

drücklich eingeführt [7]). Zu den einleitenden Prozeßhandlungen aber, welche mit Lehren des Privatrechts in näherer Verbindung stehen, als die obigen, gehören die interrogationes in jure [8]) und die Litiscontestation (s. den folg. §.). Die ersteren stellte der Kläger, oder auch der Prätor [9]), nicht blos bei der hereditatis petitio, sondern wahrscheinlich bei allen Klagen [10]), an den Verklagten, hauptsächlich zu dem Zwecke, um die s. g. Passiv-Legitimation zu berichtigen, oder den Nachtheil der Pluspetitio zu vermeiden [11]). Zunächst auf die Antwort nun wird eine s. g. adjectitiae qualitatis actio (§. 139. a. E.), die interrogatoria a. gegründet [12]), es mag der Verklagte das Verhältniß, wonach er befragt ist, richtig oder falsch angegeben, oder auch der Frage bloßes Stillschweigen entgegengesetzt haben [13]); Noxalklagen aber finden ohne Milderung wider den Statt, welcher sein Eigenthum an dem beschädigenden Sklaven oder Thiere abläugnet [14]). Uebrigens wird der Verklagte gegen ihm nachtheilige Antworten, zu denen er durch bloßen Irrthum verleitet ist, leicht restituirt [15]); ganz von selbst versteht es sich aber, daß Einwendungen gegen die Forderung selbst dem Verklagten allemal vorbehalten bleiben [16]).

*) A. Bethm. Hollweg Gerichtsverfassung und Prozeß des sinkenden Röm. Reichs. (Auch unter dem Titel: Handbuch des Civilprozesses. Erster Abtheil. 1ter Band) Bonn 1834. 8.

**) *Ant. Hen. van Hees* D. de iis, quae antiquitus apud Romanos inter litigatores ante litem contestatam fiebant (in *Fellenberg* jurisprudentia antiqua T. I. Nr. IX.). — *C. F. Glück* opuscula (Fasc. I—IV. Erl. 1785—1790. 8.) Fasc. II. p. 307—400. Zimmern röm. Prozeß §. 111—117. §. 143—145.

1) §. 3. I. *de poena temere lit.* Dig. (II. 4.) u. Cod. (II, 2.) *de in jus voc.* — Dig. *Si quis in jus vocatus non ierit, sive quis eum vocaverit, quem ex edicto non debuerit* (II, 5.). — *In jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent* (II, 6.). — *Ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat* (II, 7.). — *De eo, per quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat* (II, 10.). — *Si qui cautionibus in judicio sistendi causa factis non obtemperaverit* (II, 11.).

2) Mosaic. et Rom. LL. Coll. XII, 7. u. das. *Schulting* Note 49. Meine Cession §. 15. II. 3. a. E. — A. M. ist Zimmern a. a. O. §. 118. Note 1. — Für die hier vorgetragene Ansicht spricht auch der Gebrauch, zur Zeit des gesunkenen Ansehens der eigentlichen Magistratus eine actio u. s. w. vom Kaiser zu impetriren (vgl. oben §. 35. Note 3. 4. u. L. 2. C. *de formul. sublat.* II, 58.); dies kann schwerlich auf die bloße editio oder postulatio actionis bezogen werden.

3) Dig. (II, 13.) u. Cod. (II, 1.) *de edendo.*

4) Nicht zu verwechseln ist das Vadimonium mit der alten cautio de jud. sisti, welche dem Verfahren in jure noch voranging. S. L. 22. D. *de in jus voc. Gaji* inst. IV. §. 184 sqq. — Vgl. auch *Meister* Pr. vindex et vas (opusc. I. Nr. VI.). c. I. §. 5. u. *Heineccii* antiq. jur. Rom. IV, 6. §. 20—21.; abweichend ist übr. *Bav. Voorda* D. de vadimonio (in *Fellenberg* jurisprud. antiqua) c. II. §. 2 sqq. — Ueberhaupt aber s. m. noch über das Vadimonium: F. X. Zenger über das Vadimonium der Römer. Landsh. 1826. *F. C. G. Stieber* de bonorum emtione ap. veter. Roman. P. I. (Lips. 1827.) §. 12. Zimmern a. a. O. §. 112. 114. 115. 117.

5) *Cic.* de inv. II, 19. u. orat. part. c. 28. — Vgl. Goldschmidt üb. Litis-Cont. u. Einr. §. 2. not. S. 7 fgg. u. Keller üb. L. C. §. 3.

6) Tit. C. Th. *de denuntiatione vel edit. rescripti* II, 4. — Vgl. Glück a. a. O. S. 356—365. Meine Cession §. 8. — Bethm. Hollweg a. a. O. §. 21. S. 249 fgg.

7) Nov. 53. c. 3. u. Nov. 112. c. 2. Zimmern a. a. O. §. 145. — Hollweg a. a. O. S. 253.

8) Dig. XI, 1. *de interrogationib. in jure faciend. et interrogatoriis actionib.* — A. Bethm. Hollweg Versuche üb. den Civilprozeß. (Berl. 1827.) S. 276—283. Zimmern a. a. O. §. 125.

9) L. 9. §. 1. u. L. 11. §. 9. D. *h. t.* — Glück Pand XI. S. 276 fgg.

10) L. 1. pr. L. 7. 8. 10. *h. t.* — L. 2. u. 6. *eod.* — Vgl. L. 11. C. *de hered. pet.* III, 31. L. 73. D. *de R. V.* VI, 1. — Hollweg a. a. O. S. 277 fg. — S. übrigens Zimmern a. a. O. S. 380.

11) L. 1. pr. u. L. 2. *h. t.*

12) Ueber den Sinn der Aeußerung des Callistratus in der L. 1. §. 1. *h. t.* („Interrogatoriis actionibus hodie non utimur, quia nemo cogitur, ante judicium de jure suo respondere.") streitet man. Vgl. Glück Pand a. a. O. S. 255. Hollweg a. a. O. S. 288. u. das. Note 87., Zimmern a. a. O. Note 12. Wenn ich gleich früher der Erklärung beigestimmt habe, wonach die Stelle nur auf die außergerichtlichen interrogationes zu beziehen ist, so glaube ich doch jetzt, daß die Aeußerung buchstäblich zu verstehen ist, die Aufnahme in die Digesten aber sich daraus erklärt, daß die Nachtheile falscher Angaben noch im neuesten Recht gelten. Unterstützt wird diese Erklärung dadurch, daß in dem ganzen Titel sich keine Stelle eines älteren Juristen, als Callistratus, findet. Unter dieser Voraussetzung ist es denn auch nicht nöthig, hier mit Hollweg u. A. an eine Interpolation zu denken.

13) L. 4. pr. u. L. 5. L. 11. §. 1—4. D. *h. t.* — Vgl. auch L. 20. §. 1. u. 2. D. *h. t.* Hollweg a. a. O. S. 282.

14) L. 1. §. 15. D. *si quadrup. paup. fec.* IX, 1. L. 17. D. *h. t.*

15) L. 11. §. 8. 10. 11. D. *h. t.*

16) L. 12. §. 1. *h. t.*

§. 144.

2) Von der Litiscontestation *).

Die Litiscontestation, von der dabei ursprünglich vorkommenden Zeugenaufrufung so benannt [1]), ist die Handlung, wodurch das Verfahren vor dem judex regulirt wurde [2]). Sie

bildete den Endpunkt des Verfahrens in jure [3]); nach aufgehobenem ordo judiciorum privatorum aber bezeichnete die Antwort auf den Antrag des Klägers den Eintritt ihrer Wirkungen [4]), und nach Justinians Bestimmung sollen diese eintreten, wenn der Verklagte den ihm mitgetheilten Klaglibell unterzeichnet hat, und seitdem zwanzig Jahre verflossen sind [5]). Diese Wirkungen blieben im Wesentlichen die alten [6]), d. i. durch die L. C. wird immer noch eine neue Obligatio, gleichwie durch einen Contract, zwischen den Parteien begründet [7]), und erst durch sie entsteht eigentliche Rechtshängigkeit der Sache — res in judicium deducitur [8]). Die L. C. begründet also eine Novation [9]), welche zwar das alte Klagefundament formell zerstört [10]), materiell aber das Klagerecht verbessert [11]). Die Wirkungen dieser Novation nun sind a) die Klagen, welche durch den Tod der Parteien oder durch Zeitablauf untergegangen seyn würden, werden durch L. C. erhalten (transferuntur, perpetuantur) [12]); b) die L. C. begründet die Folgen der mala fides auch für den b. f. possessor, d. h. diejenige Obligation für denselben, welche ihn, in manchem Betracht wenigstens, einem m. f. possessor gleichsetzt [13]); womit denn c) überhaupt zusammenhängt, daß jedenfalls nach der L. C. (d. h. wenn nicht dafür schon ein früherer Zeitpunct eintritt) der verurtheilte Verklagte zur Leistung des Schadenersatzes und überhaupt der accessiones rei verpflichtet wird [14]), weshalb denn auch, in Ermangelung eines anderen Maaßstabes, nach diesem Zeitpunkt die Werthsschätzung zu bestimmen ist [15]). Ferner wird d) durch L. C. das s. g. dominium litis der Stellvertreter bewirkt [16]), so wie e) die bei einer s. g. obligatio generis und alternativa getroffene Wahl unwiderruflich [17]); f) Noxalklagen bleiben auch gegen den gerichtet, wider welchen sie zuerst angestellt wurden [18]), und g) es wird nunmehr als Besitzer behandelt, wer sich ohne Besitz in einen dinglichen Rechtsstreit eingelassen hat [19]). — Andere Folgen der L. C. lassen sich nicht füglich als Wirkung einer Novation betrachten; so namentlich [20]) 1) das Verbot der Veräußerung des streitigen Objects, oder der Forderung selbst [21]); 2) die regelmäßige Verpflichtung eines Verklagten, seine Einreden vor oder neben der L. C. vorzubringen [22]). — Uebrigens sind einzelne

Folgen der L. C. durch die Praxis oder spätere Gesetze schon auf einen früheren Zeitpunkt bezogen, und zwar zum Theil selbst auf die Zeit des Anbringens der Klage [23]), meistens aber auf die der insinuirten richterlichen Ladung [24]), nämlich die Unterbrechung der Verjährung und Begründung der vierzigjährigen Verjährung für die Folgezeit [25]), die fingirte mala fides eines Besitzers im guten Glauben [26]), die Litigiosität der Sache [27]), die Prävention im Fall einer concurrirenden Gerichtsbarkeit [28]).

*) *C. G. de Winckler* Diatr. Discrimen inter litis contestationem jure veteri ac hodierno et utriusque effectus (in opusc. min. a filio edit. Vol I. — Dresd. et Lips. 1792. 8. — p. 293 sqq.). — C. L. Goldschmidt üb. Litiscontestation und Einreden. Frkf. a. M. 1812. 8. — Besonders: F. L. Keller üb. Litiscontestation u. Urtheil nach classischem R. Recht. Zürich 1827. 8. — Zunächst nur auf eine Untersuchung über die ältere Rechtsform der L. C. gerichtet sind: M. S. Mayer die Litiscontestatio geschichtlich dargestellt. Stuttg. 1830. 8. (vgl. Rudorff in d. Zeitschr. für gesch. R. W. VII. S. 231 fgg.). *Aug. Henr. Aemil. Danz* de litis contestatione quae fuit tempore legis actionum. Jena 1831. 8.

1) *Festus* v. *contestari*, bei *Gothofred* auctt. lat. ling. p. 272. „Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet: testes estote." — Keller § 1. — Ueber die Bedeutung der Ausdrücke *litem contestari* u. *judicium accipere* s. noch *Winckler* Sect. 1. §. 2. Keller §. 6. Zimmern röm. Prozeß S. 360.

2) *Cic.* or. pro Rosc. Com. c. 11. Keller S. 7—9. S. auch die folg. Note.

3) *Cic.* orat. part. c. 28. in f. — L. 16. 17. D. *de procur.* III, 3. — Keller §. 3. 4. — Ueber die Ansichten Anderer ebendas. §. 2.

4) L. un. C. *de lit. contest.* III, 9. Keller §. 5. Zimmern röm. Prozeß §. 119. u. das. Note 13.

5) L. 14. §. 1. C. *de jud.* III, 1. Nov. 53. c. 3. §. 2. — Ueber die L. C. des neuesten R. R. so wie über die heutige Form derselben s. Bayer Vorträge über den gemeinen ordentl. Civilprozeß S. 241 fgg. — Vgl. auch Goldschmidt a. a. O. S. 41 fgg.

6) Im Allg. s. über die Wirkungen Keller §. 7—23. Zimmern a. a. O. §. 120—124. §. 146.

7) L. 3. §. 11. D. *de pec.* XV, 1. „Nam sicut stipulatione contrahitur, ita judicio contrahi." *Winckler* S. II. §. 2. (p. 324 sqq.). Keller S. 127 fg. Mayer a. a. O. S. 27 fgg.

8) L. un. C. *de lit. cont.* — Vgl. *Glück* opusc. l. l. p. 376 sqq. — Zimmern a. a. O. §. 146.

9) L. 11. §. 1. L. 29. D. *de novat.* XLVI, 2. L. 23. D. *de solut.* XLVI, 3.

10) *Gaji* inst. III. §. 180. 181. (vgl. das. IV. §. 106—108.). — Keller §. 8. 9. §. 11—14. u. §. 49—72.

11) L. 29. D. *de novat.* XLVI, 2. „Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt. Perit

privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur, vel post pubertatem tutelae actio novetur, si id specialiter actum est, quod nemo dixit lite contestata: neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem." — L. 86. D. *de reg. jur.* u. *Winckler* S. II. §. 1. Keller §. 10. — S. auch unten Bd. II. §. 474. Note 78.

12) L. ult. in f. D. *de fidejuss. tutor-* XXVII, 7. („— nam litis contestatione et poenales actiones transferuntur ab utraque parte, et temporales perpetuantur.") L. 139. pr. D. *de reg. jur.* („Omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae judicio salvae permanent.") L. 9. §. 3. D. *de jurejur.* XII, 2. L. 58. D. *de O. et A.* XLIV, 7. L. 13. pr. D. *de injur.* XLVII, 10. L. 164. D. *de reg. jur.* L. un. C. *ex delict. defunctor. in quantum heredes conveniantur* IV, 17. — Keller §. 15—20. Es folgt hieraus von selbst eine Unterbrechung der Verjährung; doch störte die L. C. nach vorjustianischem Recht den Lauf der Usucapion nicht. Keller S. 131. Note 3. u. Zimmern a. a. O. §. 121. Note 2. — Vgl. auch noch Linde in der Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. Bd. II. S. 183 fgg. (§. 8.)

13) L. 25. §. 7. D. *de hered. petit.* V, 3. — L. 45. D. *de rei vind.* VI, 1. (Vgl. oben §. 78. Note 5.).

14) L. 20. D. *de rei vind.* VI, 1. L. 31. pr. *de reb. cred.* XII, 1. L. 2. L. 3. §. 1. L. 10. D. *de usur.* XXII, 1. L. 91. §. 7. *de leg.* I. — Keller § 21. — Zimmern §. 122.

15) L. 4. D. *de cond. trit.* XIII, 3. L. 3. §. 2. D. *commod.* XIII, 6. L. 37. D. *mandati* XVII, 1. — L. 37. pr. D. *de negot. gest.* III, 5. L. 34. pr. D. *de min.* IV, 4. — *Winckler* S. II. §. 7. — S. unten Bd. II. §. 365. Nr. III.

16) L. 11. pr. D. *de doli mali exc.* XLIV, 4. — L. 11. C. *de proc.* II, 13. L. 1. C. *de sent. et interloc.* VII, 45. — *J. H. Boehmer* D. de dominio litis (Exerc. ad Pand. T. II. Nr. XXXII.). Meine Cession §. 6. 7. — Hollweg Vers. üb. Theor. d. Civilproz. S. 153 fgg.

17) L. 33. in f. D. *de leg.* I. L. 1. D. *de penu leg.* XXXIII, 9. L. 57. D. *de solut.* XLVI, 3. L. 9. D. *de V. O.* XLV, 1. — *Winckler* S. II. §. 9.

18) L. 1. §. 13. u. 16. D. *si quadrup. paup. fec.* IX, 1.

19) L. 25. D. *de R. V.* VI, 1.

20) S. auch noch §. 4. I. *de fidejussorib.* — Vgl. Zimmern a. a. O. §. 121. Nr. 2. Keller §. 22. u. unten Note 28.

21) L. 13 D. *fam. ercisc.* X, 10. L. 1. §. 1. D. *de litig.* XLIV, 6. L. 1. in f. C. *comm. div.* III, 37. L. 2. 3. u. 4. C. *de litig.* VIII, 37. — Vgl. meine Cession §. 29. u. 31.

22) L. 4. 8. 12. 13. C. *de except.* VIII, 36. L. 2. C. *sentent. rescindi non posse* VII, 50. — J. R. A. v. 1654. §. 37. 38. — Vgl. c. 4. X. *de except.* II, 25.

23) Ausnahmsweise erfolgt die Unterbrechung der Verjährung schon durch das Anbringen der Klage (L. 2. C. *de annali exc.* VII, 40), stets auch die Transmission der qu. inoff. test. auf die Erben, ja es brauchte die Klage noch nicht einmal übergeben zu seyn, damit diese Wirkung eintrete (L. 7. D. *de inoff. test.* V, 2.). Dagegen ist eine solche Ausnahme nicht enthalten in der L. 33. D. *de O. et A.* XLIV, 7. S. *Ant. Augustini* emendat. Lib. I. c. II. — in *Otto* thesaur. IV. p. 1437. a. E. u. fg. Glück Pand. VI. S. 196 fg. Note 97. — Uebrigens konnte die Wirkung unter a. (Note 12.) auch durch

ein kaiserliches Rescript begründet werden. T. T. C. *quando libellus principi oblatus litis contestationem faciat.* I, 20.

24) S. überhaupt Decretal. (II, 16.) Lib. VI. (II, 8.) u. Clement. (II, 5.) *ut lite pendente nihil movetur.* — Vgl. Gesterding Irrthümer Nr. V. Martin bürgerl. Prozeß §. 152. d. 11te Aufl.

25) L. 3. in f. C. *de ann. exc.* VII, 40. — L. 3. u. 4. C. *de praescr.* 30 *v.* 40 *annor.* VII, 39. — Vgl. L. 26. C. *de R. V.* III, 32. L. 10. C. *de praescr. longi temporis* VII, 33. — Linde Zeitschr. Bd. II. S 174 fg. und S. 177 fgg. Zum Theil a. M. ist Unterholzner ausführl. Entwickelung der Verj. Lehre Bd. I. §. 124.

26) L. 20. §. 11. L. 25. §. 7. D. *de her. pet.* V, 3. L. 2. C. *de fruct. et lit. exp.* VII, 51. — *Winckler* S. II. §. 8.

27) Nov. 112. c. 1. — Meine Cession §. 31.

28) L. 7. 30. 34. D. *de jud.* V, 1. — Uebrigens findet eine Recusation des Richters noch bis zur L. C. Statt. Nov. 53. c. 3. §. 2.

§. 145.

II. Vom Beweise*). 1) Uebersicht der Lehre.

Unter dem vieldeutigen Ausdruck Beweis[1]) verstehen wir hier die Handlung, wodurch der Richter von der Wahrheit der Thatsachen überzeugt werden soll, welche die Parteien zum Zweck der Rechtsverfolgung oder Vertheidigung vorgetragen haben. Die ganze Beweislehre läßt sich auf die vier Punkte zurückführen: a) was ist zu beweisen, b) wer hat zu beweisen, c) durch welche Mittel und d) auf welche Art wird der Beweis geführt? Der letzte Gegenstand gehört ganz und gar der Theorie des Civilprozesses an; von den übrigen kommen manche Anwendungen in allen Theilen der Rechtswissenschaft, hauptsächlich aber im praktischen Civilrecht vor, weshalb davon eine kurze Darstellung hier eingeschaltet, und mit dieser die ebenfalls bei mehreren Materien zu berücksichtigende, wenngleich nicht blos der Beweistheorie angehörige Lehre vom Eide in Verbindung gesetzt werden soll.

*) Dig. (XXII, 3.) *de probationibus et praesumtionibus.* Cod. (IV, 19.) *de probationibus.* — E. C. G. Schneider vollständige Lehre vom rechtl. Beweise in bürgerl. Rechtssachen. Gieß. 1803. 8. — A. D. Weber üb. die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. Halle 1805. 8. Zweite Ausg. mit Anmerk. u. Zusätzen von A. W. Heffter. Halle 1832. N. Borst üb. die Beweislast im Civilprozeß. Bamberg 1816. 8. — J. C. Gensler üb. die Begriffe: Beweis, Beweismittel, Beweisgründe, Beweislast, Beweissatz; Archiv für civilist. Praxis I. Nr. III. Nr. XXI. u. Nr. XXIV.

1) Vgl. Weber a. a. O. I. §. 1, 2.

§. 146.

2) Gegenstand des Beweises.

Ein Beweis wird nothwendig, so lange ein Umstand, von welchem die zur richterlichen Entscheidung verstellte Frage, ganz oder zum Theil, unmittelbar oder mittelbar abhängt, noch nicht feststeht. Bloße Rechtsfragen sind daher in der Regel kein Gegenstand einer Beweisführung [1]), das Irrelevante, d. h. was ohne Einfluß auf die richterliche Entscheidung ist, sollte es nie seyn [2]), und eben so wenig, was schon als erwiesen zu betrachten ist. Dahin gehört das vom Gegner Zugestandene, das Notorische, und das auf sicheren Schlußfolgerungen Beruhende. 1) Ein Geständniß [3]), welches in der Sache, wofür es als Beweisgrund gelten soll, gerichtlich [4]) und sonst auf giltige Weise [5]) erfolgt ist, hat die Kraft eines förmlichen Beweises [6]); jedoch ist der Beweis des Gegentheils bis zum rechtskräftigen Erkenntnisse zulässig [7]), und die Stelle eines Urtheils kann das Geständniß nicht mehr vertreten [8]). Ein in Gegenwart der Partei gemachtes Geständniß des Sachführers wird wie ein von ihr selber abgelegtes behandelt, kann übrigens binnen drei Tagen ohne Beweis des Gegentheils widerrufen werden [9]); ein Gleiches muß auch angenommen werden, wenn die Partei abwesend war, wobei denn natürlich die drei Tage erst zu laufen anfangen, wenn sie von dem erfolgten Geständniß Wissenschaft erhält [10]). 2) Notorisch im juristischen Sinne (d. h. was rechtlich als erwiesen gilt) ist nicht dasjenige, worüber ein, wenn auch noch so weit verbreitetes, Gerücht umhergeht, sondern im Allgemeinen kann man Alles so nennen, was vernünftigerweise kein Gegenstand eines Zweifels seyn kann, in Beziehung auf eigentliche Thatsachen aber, was seiner Offenkundigkeit wegen sich zur allgemeinen Wahrnehmung eignet [11]). 3) Unter einer Schlußfolgerung versteht man die Ableitung dessen, was eigentlich dargethan werden soll, aus anderen, unzweifelhaften Thatsachen (den Vordersätzen). Genügt das Resultat der Schlußfolgerung nicht zur Begründung absoluter Gewißheit, so heißt es eine Vermuthung [12]). Ihrer rechtlichen Bedeutung nach unterscheidet man drei Arten solcher Vermuthungen: a) die

s. g. praesumtiones juris et de jure, d. s. diejenigen, welche für unumstößliche Gewißheit gelten, also nicht einmal den Beweis des Gegentheils zulassen [13]); b) die schlechthin s. g. praesumtiones juris, oder gemeine Rechtsvermuthungen, welche einem vollen Beweise gleich gelten, allein den Beweis des Gegentheils nicht ausschließen [14]); c) die einfachen Vermuthungen, s. g. praesumtiones hominis, wobei der obige Begriff auch in juristischer Beziehung angewandt wird, d. h. sie genügen an sich auch zu einem juristischen Beweise nicht, sondern geben nur Wahrscheinlichkeitsgründe an die Hand, deren Gewicht von der Bündigkeit der Schlußfolgerung und ihrer mehr oder weniger genauen Verbindung mit dem Beweissatz abhängt [15]).

1) c. 44. X. *de appellat.* II, 28. (verb.: „cum frequenter juris quaestio moveatur, cujus apud nos probationes necessariae non existunt"). — Vom Recht im subjectiven Sinne spricht die L. 5. D. *h. t.* S. Weber II. §. 3. Note 1. — Vgl. noch oben §. 39. a. E. u. die Noten 7. 8.

2) Schneider §. 51. 52.

3) Dig. (XLII, 2.) *de confessis.* Weber a. a. O. Cap. IV. Hollweg Versuche Nr. IV. S. 250 fgg.

4) Denn sonst befreit es nicht vom Beweise, obgleich auch die außergerichtlichen, oder wenn auch gerichtlich doch in ganz anderen Sachen abgelegten Geständnisse, als Beweisgründe zu benutzen sind. Ueber die Verschiedenheiten zwischen den gerichtlichen und außergerichtlichen Geständnissen s. Hollweg a. a. O. S. 296—312. S. 315 fg. vgl. mit Hefftter zu Weber S. 291—295. — S. auch den Schluß der folg. Note.

5) Arg. L. 6. §. 3. 4. D. *de confessis* XLII, 2. L. 39. C. *de lib. causa* VII, 16. L. 8. C. *de juris et facti ignor.* I, 18. — Hollweg a. a. O. S. 308 fg. — Vgl. L. 25. §. 4. D. *h. t.* — Hollweg S. 288—292. — Die allgemeinsten Bedingungen der Giltigkeit eines Geständnisses leiden auch auf das außergerichtliche Geständniß Anwendung. Hierüber, wie über die Verschiedenheiten, s. Hollweg a. den angef. Orten.

6) Hollweg S. 310 fg.

7) L. 7. C. *de jur. et facti ignor.* L. 25. §. 4. *h. t.* L. 13. C. *de n. n. p.* IV, 30. — Vgl. c. 2. *de in int. rest.* in 6. I, 21.

8) L. 1. D. *de confess.* („Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia condemnatur.") L. 56. D. *de re judicata* XLII, 1. L. un. C. *de confessis* VII, 59. — L 6. pr. u. §. 1. D. *eod.* L. 25. §. 1. D. *ad Leg. Aquil.* IX, 1. — Weber IV. §. 10. S. 56 fgg. (d. n. A.) — Hollweg S. 260—276. — A. M. ist Hefftter zu Weber S. 292 fg. (Nr. a.).

9) L. 1. 3. C. *de errore advocator.* II, 10.

10) Weber IV. §. 11—15. Hollweg S. 313. — A. M. ist Loß im Archiv f. civilist. Praxis Bd. III. Nr. VIII.

11) *Quinctil.* inst. orat. V. c. 3. — c. 3. X. *de testib.* II, 21. („Si factum est notorium, non eget testium depositionibus declarari: cum talia probationem, vel ordinem judiciorum non requirant.") c. 8. X. *de cohabitatione clericor.* III, 2. („Si crimen eorum ita publicum est, ut merito debeat appellari notorium, nec testis, nec accusator est necessarius.") — Vgl. Weber III. §. 2. und Hefftter daſ. S. 248 fgg.

12) Weber V. §. 1 fg. und dazu Hefftter S. 288 fgg. (Nr. 1.)

13) S. z. B. L. 3. §. 11. D. *de suis et legit. hered.* XXXVIII, 16. L. 14. C. *de n. n. p.* IV, 30. — In juriſtiſcher Hinſicht ſind dieſe praes. jur. et de j. (und eben ſo die gemeinen Rechtsvermuthungen) keine bloßen Vermuthungen, da ſie eine rechtliche Gewißheit begründen; der allgemeine Begriff der Vermuthungen aber paßt auch auf ſie: es ſind Wahrſcheinlichkeits-Schlüſſe, denen aber durch das Geſetz eine beſondere Wirkung beigelegt iſt, wodurch ſie denn ſehr leicht von rechtlichen Fictionen unterſchieden werden. — S. auch die folg. Note.

14) Beiſpiele enthalten: L. 12. D. *de statu homin.* I, 5. L. 6. D. *de his, qui sui vel alieni jur. sunt* I, 6. L. 2. §. 1. D. *de pact.* II, 14. L. 24. *h. t.* L. 9. §. 4. L. 16. pr. L. 22. L. 23. D. *de reb. dub.* XXXIV, 5. — Vgl. Schneider §. 25—50. Weber §. 3—11. — Daß einer Vermuthung, welche nicht die Stärke eines juriſtiſchen Beweiſes hat, ohne ausdrückliches Geſetz nicht die Bedeutung einer Rechtsvermuthung zukommen könne, verſteht ſich wohl von ſelbſt. Genügt indeſſen das Reſultat der Schlußfolgerungen zur Herſtellung eines rechtlichen Beweiſes (— denn dieſer iſt ja doch in den meiſten Fällen nur ein überwiegender Wahrſcheinlichkeits-Beweis), ſo bedarf es nicht erſt der Beiſtimmung des Geſetzes, ungeachtet abſolute Gewißheit fehlt, mithin immer nur eine Vermuthung im allgemeinen Sinne vorhanden iſt. Eine ſolche Vermuthung kann ſogar die Bedeutung einer praesumtio juris et de jure enhalten. Ein Beiſpiel findet ſich unten, §. 205. Note 6.

15) Vgl. L. 26. D. *h. t.* u. Glück Pand. Bd. XXI. S. 391—396.

§. 147.

3) Beweislaſt.

Jede Partei muß den Beweis ihres ſelbſtſtändigen Vorbringens übernehmen, alſo der Kläger den der Klage, der Verklagte den der Exceptionen, ſofern nicht die letzteren ſolche Ausſtellungen an der Klage oder der Art ihres Anbringens enthalten, deren Beſeitigung nach der Natur des Rechts- oder proceſſualiſchen Verhältniſſes dem Kläger obliegt[1]); und ein Gleiches gilt von den Replicationen, den Duplicationen u. ſ. w. Eine Anwendung dieſes Grundſatzes auf diejenigen Punkte, wobei auch für die Lehren des praktiſchen Civilrechts die Beweislaſt häufig zur Sprache kommt, führt uns auf folgende beſondere Regeln: I) Wer ſein ſelbſtſtändiges Vorbringen

auf die Kenntniß, die Nichtkenntniß oder einen Irrthum in Ansehung gewisser Umstände gründet, mag von dem eignen oder fremden Wissen oder Nichtwissen, von einem rechtlichen oder factischen Irrthum die Rede seyn, muß seine Behauptung erweisen [2]), falls er nicht durch besondere gesetzliche Bestimmung von dieser Beweislast befreit ist [3]). Imgleichen II) liegt dem, welcher den Grund seiner Klage oder Exceptio auf Dolus oder Culpa des Gegners (oder solcher Personen, deren Handlungen dieser zu vertreten hat) stützt, dies zu beweisen ob [4]), außer insofern die Handlung, wie sie vorliegt, schon den juristischen Beweis des Dolus in sich faßt [5]), oder nach dem für die Parteien bestehenden Rechtsverhältnisse der Gegner Fleiß und Aufmerksamkeit (mithin die Abwesenheit von Culpa) zu prästiren hat. Dann ist von ihm die Einwirkung eines schädlichen Zufalls, oder die Abwesenheit von Dolus, oder die seiner Seits bewiesene gehörige Fleißanwendung darzuthun [6]). III) Wird das selbstständige Vorbringen auf ein Rechtsgeschäft gegründet, so ist das äußerliche Daseyn der formellen Bedingungen seiner Giltigkeit darzuthun; alsdann ist auch die Richtigkeit der Form und die Wahrheit des Inhalts so lange anzunehmen, bis das Gegentheil erwiesen wird [7]).

1) L. 2. D. *h. t.* („Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat.") L. 23. C. *h. t.* Glück Pand. Bd. XXI. S. 242—248. — L 19. D. u. L. 19. C. *h. t.* — Vgl. Weber VI. u. besonders dazu Hefftter S. 256—288. Borst §. 3—29. Hollweg Versuche Nr. V. S. 319 fgg. Linde Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß I. Nr. V. S. 94 fgg.

2) S. §. 4. I. *de legat.* L. 21. D. *h. t.* vgl. mit L. 19. pr. *eod.* u. L. 15. in f. D. *de oper. novi nunc.* XXXIX, 1. L. 6. C. *qui militare poss.* XII, 34. — Nach can. Recht soll man seinen Irrthum durch den eignen Eid darthun können. c. 4. X. *de except.* II, 25. c. 6. X. *qui accusare matrim. poss.* IV, 18. c. 4. X. *de sent. excommun.* V, 39. c. 8. *de elect.* in 6. — Vgl. Thibaut Versuche Bd. II. Abh. IV. Nr. VI.

3) L. 25. §. 1. D. *h. t.* — v. Löhr Magazin für R. W. u. Gesetzgeb. Bd. IV. St. I. S. 49—53. — Archiv für civilist. Pr. Bd. II. S. 451.

4) L. 18. §. 1. D. *h. t.* („Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet.") L. 4. C. *de edendo* II, 1.

5) S. z. B. L. 7. pr. D. *de adm. tut.* XXVI, 7. („Tutor, qui repertorium non fecit, — dolo fecisse videtur: nisi forte aliqua neces-

saria et justissima causa allegari possit, cur id factum non sit.") L. 36. in f. D. *de pecul.* XV, 1. — Vgl. oben §. 94. Note 6.

6) L. 11. D. *de per. et commodo rei vend.* XVIII, 6. L. 9. §. 4. D. *loc.* L. 11. D. *h. t.* L. 1. §. 13. D. *de magistr. conveniend.* XXVII, 8. L. 5. C. *de pign. act.* IV, 24. — Weber VI. §. 21—25. — Vgl. meinen Entw. des Civilproz. S. 159.

7) a) §. 17. I. *de inutil. stipul.* §. ult. I. *de fidejussorib.* („In stipulationibus fidejussorum sciendum est generaliter hoc accipi: ut quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum. Ideoque constat, si quis scripserit, se fidejussisse, videri omnia solemniter acta.") L. 30. D. *de V. O.* XLV, 1. L. 14. C. *de contr. et comm. stipul.* VIII, 38. L. 11. C. *h. t.* — Meine Cession §. 61. Nr. 2b. — b) c. 16. X. *de praesumtionib.* II, 23. c. 3. X. *de succ. ab intest.* III, 27. — Ueber die hier einschlagenden Fragen s. m. überhaupt Weber VI. §. 30—32. Borst §. 60—75.

§. 148.

4) Beweismittel.

Im Allgemeinen kann man unter Beweismittel Alles verstehen, woraus sich Gründe für die richterliche Ueberzeugung schöpfen lassen; im engern Sinne sind es die Beweis-Organe, deren Gebrauch durch besondere, auf Beweisführung gerichtete Handlungen der Parteien bedingt ist, wohin vorzugsweise[1]) gehören: Zeugen, Urkunden und Eides-Delation. **1)** Zeugen nennen wir hier (vgl. §. **103.** Note **9. 10.**) die Personen, welche über eine bestrittene Thatsache Dasjenige, was sie vermittelst ihrer äußeren Sinne wahrgenommen haben, aussagen sollen[2]). Zum rechtlichen Beweise genügen aber in der Regel zwei tüchtige (s. g. classische) Zeugen[3]), deren Aussagen über die zu erweisenden Punkte vollkommen mit einander übereinstimmen[4]). Nichtclassische Zeugen sind entweder unfähige, oder unglaubwürdige, oder nur verdächtige[5]). Ein domesticum testimonium ist in der Regel unzulässig[6]), noch mehr aber das Zeugniß in eigner Sache[7]). Jedenfalls muß der Richter die Zeugen hinsichtlich ihrer Fähigkeit und Glaubwürdigkeit einer genauen Prüfung unterwerfen, um hiernach entweder überhaupt die Zulässigkeit derselben, oder das Gewicht ihrer Aussagen zu bestimmen[8]). **2)** Urkunden — tabulae[9]), gewöhnlich aber instrumenta[10]) — sind hier in der engeren prozessualischen Bedeutung zu verstehen, nämlich für schriftliche Aeußerungen, woraus Beweisgründe abgeleitet

werden[11]). Nach ihrer Form[12]) sind die Urkunden entweder öffentliche (publica), d. i. die unter obrigkeitlicher Autorität oder notarieller Beglaubigung entstandenen[13]), oder solche, welche rechtlich die Wirkung der öffentlichen haben (quasi publica)[14]), oder es sind bloße Privat-Urkunden[15]). Ihrem Inhalte nach sind die Urkunden sehr mannigfaltiger Art, z. B. Syngraphae, Chirographa[16]), Quittungen und Gegenquittungen (apochae, antapochae)[17]), Rechnungen[18]), Briefe u. s. w. Unbestimmt lautende Urkunden (s. g. instrumenta indiscreta) haben an sich keine Beweiskraft[19]), und eben so wenig die eignen Scripturen des Beweisführers[20]). 3) Die Lehre von der Eidesdelation steht mit der vom Eide überhaupt in so genauer Verbindung, daß diese hier ihrem ganzen Zusammenhange nach darzustellen ist.

1) Vgl. Martin Lehrbuch d. bürgerl. Processes §. 134. Linde Civilproc. §. 205. Mein Entwurf S. 154 fg.

2) Dig. (XXII, 5.) u. Cod. (IV, 20.) *de testibus.*

3) L. 12. D. *h. t.* — Bisweilen sind auch zum Beweise mehr als zwei Zeugen erforderlich. S. z. B. L. 15. §. 1. L. 18. C. *h. t.* — Vgl. oben §. 103. Note 9.

4) Ueber die s. g. testes singulares s. meinen Entwurf S. 177.

5) Vgl. folgende Stellen: L. 3. §. 5. D. *h. t.* — L. 6. 12. C. *eod.* — L. 20. D. *eod.* — L. 15. 20. 21. pr. D. *h. t.* L. 2. D. *de senator.* I, 9. — L. 17. C. *h. t.* — Mein Entwurf S. 174 fg.

6) L. 3. C. *h. t.* — L. 6. D. *eod.* („Idonei non videntur esse testes, quibus imperari potest, ut testes fiant.") L. 6. C. *eod.*

7) L. 10. D. u. L. 10. C. *h. t.*

8) L. 3. pr. §. 1—3. L. 13. D. *h. t.* — Vgl. Spangenberg im Archiv f. civilist. Pr. VI. Nr. XI.

9) S. *Brisson.* de V. S. voce *tabula* §. 1. 2.

10) Dieser Ausdruck hat freilich eine sehr viel weiter gehende Bedeutung. S. *Quinctil.* inst. orat. V. c. 9. — Vgl. Gensler a. a. O. S. 55 fgg.

11) Dig. (XXII, 4.) und Cod. (IV, 21.) *de fide instrumentorum.*

12) S. oben §. 103. Note 11.

13) Nov. 73. c. 5. — Nov. 47. Nov. 73. c. 7.

14) Arg. L. 11. C. *qui pot. in pign.* VIII, 18.

15) L. 26. §. 2. D. *depos.* XVI, 3. L. 34. L. ult. D. *mandati* XVII, 1. L. 29. pr. D. *h. t.*

16) S. *Asconius* in Cic. or. I. contra Verrem. — L. 47. §. 1. D. *de pact.* II, 14. L. 41. §. 2. D. *de usur.* XXII, 1. — v. Savigny üb. d. Literalcontr. der Römer S. 8.

17) L. 19. C. *h. t.* — *Brisson.* v. *apocha* §. 2.

18) Vgl. L. 4. C. *h. t.* und oben §. 133.

19) L. 25. §. 4. D. *de probat.* c. 14. X. *de fide instrum.* II, 22. — Glück Pand. Bd. XXI. S. 383. 384. S. 389. 390.
20) L. 5. 6. 7. C. *h. t.*

§. 149.

Insbesondere vom Eide*).

a) Begriff und Arten desselben.

Der Eid ist die Betheurung bei einem nach den Religions-Begriffen des Schwörenden heiligen Gegenstande[1]). Die mancherlei Arten desselben lassen sich auf drei Klassen zurückführen: I) Seinem Inhalte nach ist der Eid entweder ein promissorischer, wodurch die Erfüllung eines Versprechens eidlich zugesichert wird, oder ein assertorischer, d. i. die eidliche Versicherung, daß man die Wahrheit sage. Ist diese Versicherung geradezu darauf gerichtet, daß sich ein gewisses Ereigniß zugetragen oder nicht zugetragen habe, so heißt der Eid vorzugsweise ein Wahrheitseid (jusjurandum de veritate); es kann aber auch das bloße Nichtwissen beschworen werden (jus-jur. de ignorantia), oder auch der Glaubenseid (jus-jur. de credulitate) auf ein Meinen (Dafürhalten) gerichtet seyn[2]). II) Dem Gegenstande nach kann man die prozessualischen Eide und die nicht prozessualischen unterscheiden; die letzteren sind entweder Privat- oder öffentliche Eide[3]), zwischen denen gewissermaßen in der Mitte stehen die Eide der Vormünder und Curatoren[4]). Die prozessualischen sind entweder Schiedseide (s. davon §. **152.**), oder Hilfseide, wohin namentlich der Zeugeneid[5]), ferner das jusjurandum culumniae gehört[6]). III) Nach dem nächsten Veranlassungsgrunde ist der zugeschobene Eid (delatum jusjur.), den man als eine Art von Vergleich ansehen kann[7]), dem von einem Oberen oder Richter auferlegten (z. B. dem Huldigungs- oder dem nothwendigen Schiedes-Eide) entgegenzusetzen[8]).

*) Dig. (XII, 2.) *de jurejurando, sive voluntario, sive necessario, sive judiciali.* Cod. (IV, 1.) *de* (rebus creditis et) *jurejurando.* — Decreti pars secunda, Causa XXII. Decretal. (II, 24.) Libr. VI. (II, 11.) et Clem. (II, 9.) *de jurejurando.* — *Sam. Stryk* de cautelis juramentorum in foro observandis (opp. praestantiora Vol. III.) p. 415 sqq. — *J. F. de Malblanc* doctrina de jurejurando. Norimb. 1781. 8. ed. II. Tub. 1820. 8.

1) *Cic.* off. III, 29. — Ueber die zum Theil sehr verschiedenen Begriffsbestimmungen s. *Malblanc* l. l. §. 6. u. Note *, auch Glück Pand. Bd. XII. S. 182 fgg.

2) Vgl. Glück a. a. O. §. 797. S. 231 fgg. — Mein Civilproceß S. 193.

3) L. 14. pr. C. *de jud.* III, 1. — L. 2. §. 3. D. *de his, qui not. infamia* III, 2. L. 13. §. 3. D. *de re milit.* XLIX, 16. — Vgl. *Malblanc* §. 32. u. 104.

4) Nov. 72. c. 8.

5) L. 9. pr. C. *de testib.* IV, 20.

6) §. 1. I. *de poena temere litigant.* Tit. Cod. *de jurejur. propt. calumn. dando* II, 59. Nov. 49. c. 3. Nov. 124. c. 1. — Decret. (II, 7.) u. Lib. VI. (II, 4.) *de juramento calumniae.* — J. R. A. §. 43. — Ueber einige andere Eide, welche man ohne Grund zu den prozessualischen Hilfseiden zu rechnen pflegt, vgl. man noch *Malblanc* §. 47 sqq.

7) L. 2. D. *h. t.*

8) S. a) *Malblanc* §. 31—33. — b) unten §. 152. u. §. 151. Note 1.

§. 150.

b) Erfordernisse des Eides.

Nach dem can. Rechte sind die Bedingungen eines rechten Eides (die s. g. Gefährten des Eides) veritas (in mente), judicium (in jurante) und justitia (in objecto)[1]. Also **1)** ernstliche Willensmeinung und die Ueberzeugung von der Wahrheit dessen, was beschworen wird, bei dem Schwörenden[2]; **2)** hinreichende Einsichts- und Urtheils-Fähigkeit[3], auch vollkommen freier Wille desselben[4]; **3)** die rechtliche Möglichkeit, über die Sache einen Eidschwur zu leisten. Dies letzte Erforderniß löst sich wieder in folgende auf: a) Gerechtigkeit der Sache an sich, b) das Object muß der Privatwillkühr überhaupt sowohl, wie des Schwörenden unterworfen, auch nicht besonders ausgenommen seyn[5]. Außer diesen drei Gefährten des Eides ist auch noch die Beobachtung der gesetzlich sanctionirten oder herkömmlichen Form der Eidesleistung erforderlich[6]. Uebrigens ist in Ansehung der Subjecte noch zu bemerken, daß ein Meineidiger nicht mehr zum Eide gelassen werden soll[7], auch in der Regel die Eidesleistung nicht durch einen Stellvertreter geschehen kann[8].

1) c. 2. C. XXII, qu. 2. — „Si ista defuerint, nequaquam erit juramentum, sed perjurium."

2) c. 9. C. XXII. qu. 5. — S. Glück a. a. O. §. 792. S. 204.

3) Vgl. L. 26. pr. in f. L. 32. L. 34. §. 2. D. *h. t.* — c. 14. 15. 16. C. XXII, qu. 3. *Malblanc* §. 9. u. 42.

4) c. 2. X. *de his, quae vi metusve causa fiunt* I, 40. c. 28. X. *h. t.* („servari debent juramenta, si sine vi et dolo sponte praestita sint.") c. 2. *de pact.* in VI. I, 18. — Vgl. den folg. §. Note 4.

5) Vgl. hierüber L. 34. pr. D. *h. t.* — L. 13. §. 2. *eod.* L. 6. §. 4. D. *de his, qui not. infam.* L. 5. §. 8. D. *de injur.* XLVII, 10. — L. ult. C. *de prob.* IV, 19. — c. 2. 18. 19. 23. 24. 27. X. *h. t.* — S. auch c. 2. X. *de probat.* II, 19. — *Malblanc* §. 43—46. Glück a. a. O. S. 263—273.

6) L. 5. pr. D. *h. t.* („Quodsi exegi, ut per salutem tuam jurares, et jurasti, stabitur: omne enim omnino licitum jusjurandum, per quod voluit quis sibi jurari, idoneum est.") L. 13. §. 6. L. 33. *eod.* („Qui per salutem suam jurat, *licet per deum jurare videtur, respectu enim divini numinis ita jurat*, attamen, si non ita specialiter juramentum ei delatum est, jurasse non videtur.") L. 5. §. 3. *eod.* — Die im can. Recht (c. 4. X. *h. t.*) vorgeschriebene Eidesformel lautet so: „Sic me deus adjuvet et haec sancta evangelia." — Vgl. *Malblanc* §. 7. 23. 26. 28. 29. 68. 114. Weber von der natürl. Verbindl. §. 118. Glück a. a. O. §. 195 fgg. *Günther* princ. jur. rom. noviss. §. 251. Note a. b. — Ueber die Eide der Juden s. m. C. G. O. vom J. 1555. Th. I. Tit. 86. — Vgl. D. G. Tychsen über die zweckmäßigste Verbesserung des Judeneides (in C. C. F. v. Nettelbladt Archiv für d. Rechtsgelahrtheit in den Mecklenb. Landen Bd. I. Rost. 1803. S. 272 fgg.).

7) c. 14. C. XXII. qu. 5.

8) S. über die Ausn. L. 9. §. 6. D. *h. t.* („Jusjurandum defensoris vel procuratoris, *ei ab adversario delatum*, prodesse exceptionemque domino parere.") L. 42. §. 2. *eod.* — L. 13. §. 3. D. *de damno infecto* XXXIX, 2. c. 7. pr. X. *de juram. calumn.* c. 3. *eod.* in 6. — L. 97. D. *de cond. et demonstr.* XXXV, 1. — Vgl. *Malblanc* §. 95.

§. 151.

c) Wirkung des Eidschwures.

Der assertorische Eid hat die Wirkung, daß das Beschworene nunmehr als wahr gilt [1]), der promissorische, daß der Eid erfüllt werden muß, sofern die Natur des Rechtsverhältnisses, worauf sich der Schwur bezieht, dies gestattet. Denn nach diesem richtet sich in der Regel auch die Wirkung des Eides, dergestalt, daß a) die sich von selbst verstehenden oder ausdrücklich hinzugefügten Bedingungen und sonstige Modalitäten auch auf die durch den Eid begründete accessorische Obligation zu beziehen sind [2]), und b) ein an sich ungiltiges Rechtsgeschäft auch durch den Eid keine Giltigkeit und rechtliche Bedeutung erhalten kann [3]). Ausnahmsweise ist dies indessen

der Fall, sowohl nach Röm. Recht[4]), als nach dem canonischen und der heutigen Praxis[5]). Macht Jemand sein Recht von dem Eidschwur des Gegners (also von einem assertorischen Eide) abhängig, so ist zu unterscheiden, ob dies im Prozeß oder außer demselben geschieht. Im letzteren Falle begründet der Eid (oder dessen Erlaß) eine besondere Obligatio, woraus für den Schwörenden eine actio oder exceptio jurisjurandi entsteht[6]). Ein anderer Unterschied zeigt sich darin, daß der gerichtlich angetragene Eid entweder angenommen oder zurückgeschoben werden muß[7]); wogegen die Annahme des außergerichtlich deferirten Eides ganz von dem freien Willen des Gegners abhängt[8]).

1) L. 21. 22. D. *de dolo malo* IV, 3. („Quodsi, deferente me, juraveris et absolutus sis, postea perjurium fuerit adprobatum: Labeo ait, de dolo actionem in eam dandam, Pomponius autem, per jusjurandum transactum videri. Quam sententiam et Marcellus — probat: stari enim religioni debet. — Nam sufficit perjurii poena." — Was diese Strafe anbetrifft, so s. m. L 13. §. 6. D. *h. t.* L. 2. C. *eod.* L. 41. C. *de transact.* II, 4. L. 13. C. *de test.* IV, 20. — *Malblanc* §. 97—99. Glück a. a. O. S. 247. Note 31. L. 28. §. 10. *h. t.* L. 56. D. *de re jud.* XLII. 1. L. 1. pr. D. *quar. rer. act. non datur* XLIV, 5. L. 1. C. *h. t.* — Vgl. L. 31. D. *h. t.* („Admonendi sumus, interdum etiam post jusjurandum exactum (sc. a judice) permitti constitutionibus principum ex integro causam agere, si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usurus sit; sed hae constitutiones tunc videntur locum habere, cum a judice aliquis absolutus fuerit: solent enim saepe judices in dubiis causis, exacto jurejurando, secundum eum judicare, qui juraverit. Quod si alias inter ipsos jurejurando transactum sit negotium, non conceditur, eandem causam retractare") L. ult. C. *h. t.* — *Malblanc* §. 65. 66. Glück S. 250 fgg. Burchardi Wiedereinsetzung in den vor. Stand §. 10. S. 138 fg. Nr. IX.

2) L. 16. D. *qui satisd. cog.* II, 8. c. 20. 15. 35. *h. t.* c. 2. X. *de sponsalib.* IV, 1. Weber v. d. nat. Verb. §. 119—123.

3) L. 7. §. 16. D. *de pact.* II, 14. L. 5. §. 1. C. *de legibus* I, 14. Nov. 51. pr.

4) L. 7. D. *de oper. libert.* XXXVIII, 1. — L. 1. C. *si adv. vendit.* II, 28. und Auth. Frid. *sacram. puberum*, *eod.*

5) c. 8. X. *h. t.* — c. 28. X. *eod.* c. 2. *eod.* in 6. — c. 2. *de pact.* in 6. I, 18. — Ob der Grund, worauf der Pabst diese Entscheidungen stützt: „cum (juramentum) non vergat in aeternae salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum", als eigentliche ratio decidendi (s. §. 45. Note 3. §. 61. Note 3. §. 66. Nr. 2.) anzusehen, mithin auch auf andere Fälle anzuwenden sei? ist sehr streitig. Die bejahende Meinung vertheidigt, mit Anderen, Thibaut Theorie der log. Ausleg. §. 16. S. 61 fg. (d. 2. A.), die verneinende Weber a. a. O. §. 120—123., und hiefür sprechen auch die Entscheidungen der c. 6. 15. 29. X. *h. t.* c. 6. X. *de his, quae vi metusve causa gesta sunt.* — Vgl. auch *Malblanc* l. l. §. 118. 119.

6) L. 9. §. 1. D. *h. t.* („Jurejurando dato, vel remisso, reus quidem adquirit exceptionem sibi aliisque, actor vero actionem adquirit: in qua hoc solum quaeritur, an juraverit dari sibi oportere, vel, cum jurare paratus esset, jusjurandum, ei remissum sit.") L. 28. §. 10. *eod.* („Item, cum ex hac parte jusjurandum et actionem et exceptionem inducat, si forte reus extra judicium, actore inferente, juraverit, se dare non oportere, et actor, reo deferente, dari sibi oportere, vel contra: posterior causa jurisjurandi potior habebitur, nec tamen praejudicium perjurio alterius fiet, quia non quaeretur — an dare eum oportet, sed an actor juraverit.") — L. 1. C. *h. t.* L. 5. §. 2. L. 9. §. 3. L. 26. §. 2. D. *h. t.* — L. 7. D. L. 27. L. 28. §. 8. L. 40. D. *h. t.* — L. 26. §. 1. L. 28. §. 1. *eod.* L. 1. §. 3. D. *quarum rer. actio non datur* XLIV, 5. (§. 79. Note 3.). — L. 6. D. *h. t.* — Zimmern röm. Proc. §. 127. Nr. 3. u. 4. — Ueber den heutigen Gebrauch des außergerichtlich deferirten Eides s. Glück a. a. O. §. 798 b.

7) L. 34. § 6. 7. L. 38. D. *h. t.* („Manifestae turpitudinis et confessionis est, nolle nec jurare, nec jusjurandum referre.") L. 9. C *h. t.* Vgl. L. 34. §. 9. *eod.* — Zimmern a. a. O. Nr. 2.

8) L. 5. §. 4. D. *h. t.* — S. auch L. 17. pr. *eod.* — Vgl. *G. L. Boehmer* exerc. de auctoritate judicis circa jusjurandum in judicio delatum et relatum (elect. jur. civ. T. II. Nr. XIV.) §. 4. *Malblanc* §. 87. Glück S. 236—238.

§. 152.

d) Vom gerichtlichen Schiedes-Eid.

Unter einem Schiedeseid (jusjurandum litis decisorium) versteht man den Eidschwur, wodurch irgend ein prozessualischer Streitpunct beseitigt wird, betreffe er die Hauptsache, oder eine Incidentfrage, oder die Werthsbestimmung des Prozeß-Objects. Es giebt aber drei Arten des Schiedeseides: **1)** den vom Gegner deferirten Eid [1]), meistens der freiwillige Eid genannt [2]), über dessen Natur schon oben das Nöthige gesagt ist [3]). **2)** Den gewöhnlich sogenannten nothwendigen, d. i. vom Richter zu dem Zweck auferlegten Eid, um einen unvollständigen Beweis zu verstärken, oder zu entkräften [4]); in jenem Fall nennt man ihn den Ergänzungseid (jusjur. suppletorium), in diesem den Reinigungs- (besser: Entkräftungs-) Eid (jusjur. purgatorium). **3)** Den Würderungseid (jusjur. in litem), wodurch ein durch Dolus oder lata culpa bewirkter Schaden eidlich bestimmt (gewürdert) wird [5]). Hierüber wird das Nähere unten in der Lehre vom Schadensersatz (§. **366**.) vorkommen.

1) L. 34. §. 6—9. D. *de jurejur.* XII, 2. L. 12. C. *eod.* IV, 1. — S. Keller über Litis-Contest. S. 50. Note 19. u. 22., auch Zimmern röm. Proceß §. 127. Nr. 2. u. §. 150. Vgl. L. 3. pr. D. *h. t.* („Si reus juravit, nemine ei jusjurandum deferente, Praetor id jurandum non tuebitur: sibi enim juravit; alioquin facillime quisque ad jusjurandum decurrens, nemine sibi deferente jusjurandum, oneribus actionum se liberabit.") Eine Ausnahme s. §. 147. Note 2 a. E.

2) Manche nennen übrigens das jusjur. delatum judiciale ein necessarium, und verstehen alsdann unter voluntarium den außergerichtlich deferirten Eid; z. B. *Westenberg* princip. jur. Dig. XII. Tit. 2. §. 21. 38. u. 40.

3) S. §. 151. Note 1. u. 7.

4) L. 31. D. *de jurejur.* L. 3. C. *eod.* Vgl. *Malblanc* doctrina de jurejur. §. 70 fgg. u. §. 109 fgg.

5) Dig. (XII, 3.) u. Cod. (V, 53.) *de in litem jurando.*

§. 153.

III. Vom rechtskräftigen Erkenntnisse*).

Ein richterliches Erkenntniß[1]), welches weder gegen klares Gesetz verstößt, noch mit einer Verletzung wesentlicher Erfordernisse des Prozesses verbunden, auch nicht durch ein ordentliches Rechtsmittel suspendirt ist[2]), heißt rechtskräftig, d. h. es gilt dem wirklich vorhandenen Recht gleich[3]); doch regelmäßig nur für die streitenden Theile, denn: res inter alios acta vel judicata aliis nec prodest, nec nocet[4]). Das rechtskräftige Erkenntniß nun begründet die rei judicatae actio wider den Verurtheilten[5]), und die r. j. exceptio, welche sowohl dem losgesprochenen Verklagten zur Seite steht, als auch dem siegenden Kläger, welcher in der Folge aus einem zu seinem Gunsten bereits entschiedenen Grunde von seinem Gegner in Anspruch genommen wird[6]). Die rei judicatae exceptio findet mithin Statt, wenn zwischen den nämlichen Parteien der bereits abgeurtheilte Streitpunct (eadem quaestio) wieder zur Sprache gebracht wird[7]). Für die nämlichen Parteien gelten aber nicht blos dieselben Individuen, sondern auch deren Erben und Prinzipale, d. s. diejenigen, in deren Stellvertretung sie handelten[8]), selbst ihre Singular-Successoren[9]), ja bisweilen sogar dritte Personen, bald in Folge ihrer stillschweigenden Einwilligung in den Proceß[9a]), bald aus dem Grunde, daß durch die einmal erfolgte Entschei-

dung das Rechtsverhältniß, woraus auch Andere hätten klagen können, vollständig consumirt ist[10]), nach einer gewöhnlichen, aber nicht unbedingt richtigen Annahme auch, wenn Jemandem ein status richterlich zuerkannt ist[11]). Der nämliche Streitpunct ist vorhanden, wenn dasselbe Object, welches man ohne ausdrückliche Bezeichnung des Erwerbsgrundes[12]) mit einer dinglichen Klage verfolgt hat, von dem nämlichen Besitzer[13]) aufs neue vindizirt[14]), ferner, so oft derselbe Anspruch wieder erneuert wird[15]), wenngleich mit einer anderen Klage[16]). Durch die rei judicatae actio, eine s. g. adjectitiae qualitatis a.[17]), macht der Kläger nach Ablauf des tempus judicati, d. i. eines viermonatlichen Zeitraums[18]), wenigstens bei persönlichen Klagen[19]), sein erstrittenes Recht geltend[20]). Läßt der Verurtheilte diesen Zeitraum verfließen, so muß er von jetzt an die höchsten Zinsen (centesimae usurae) zahlen[21]), und es wird nunmehr zur Vollstreckung des Erkenntnisses geschritten. Es soll aber der Richter, soweit dies geschehen kann, übrigens auch, wenn die Quantität in der Klage nicht angegeben ist, eine bestimmte Summe in dem Erkenntnisse ausdrücken[22]), damit die Vollstreckung ohne weiteren Aufenthalt erfolgen könne[22a]). Die Vollstreckung selbst geschieht nach Maaßgabe der darüber bestehenden rechtlichen Vorschriften[23]), und als Executions-Mittel kommen vor: die s. g. Ex- und Immission, wenn ein individuell bestimmtes Object Gegenstand des Rechtsstreites war[24]), gerichtliche Abpfändung und Veräußerung der abgepfändeten Objecte[25]), so wie die missio in bona (§. **155. 156.**).

*) Dig. (XLII, 1.) *de re judicata et de effectu sententiarum*, (XLIV, 2.) *de except. rei judicatae.* — Cod. (VII, 45.) *de sententiis et interlocutionibus*, (VII, 52.) *de re judicata*, (VII, 53.) *de exsecutione rei judicatae.* — *Fr. Duareni* Praelect. ad Tit. D. de re jud. (opp. p. 665 — 702.). *Fr. Ramos del Manzano* recitat. ad eund. tit. (thes. *Meerm.* T. VII. p. 115—136.). Keller üb. Litiscontestation u. Urtheil Buch II. Abschn. 2.

1) L. 1. D. *h. t.* (XLII, 1.) „Res judicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione judicis accipit: quod vel condemnatione, vel absolutione contingit." — Zimmern röm. Prozeß §. 137. — Vgl. Keller §. 27.

2) Tit. Dig. *Quae sententiae sine appell. resc.* XLIX, 8. L. 3. C. *de jurisd. omn. jud.* III, 13. Tit. Cod. *Quando provocare non est necesse* VII, 64. — Nov. 23. c. 1. c. 15. X. *de sent. et re jud.* II, 27. — Vgl. Keller S. 198. und daf. Note 2. Zimmern §. 137 a. E.

3) L. 207. D. *de reg. jur.* L. 56, D. *de re jud.* L. 12. §. 3. D. *de bon. libert.* XXXVIII, 2. — L. 25. D. *de statu homin.* I, 5. L. 36. D. *fam. ercisc.* X, 2. L. 29. §. 5. D. *mandati* XVII, 1. L. 7. C. *de jur. et fact. ignor.* I, 18. L. 1. C. *de cond. ind.* IV, 5. Tit. Cod. *sentent. rescindi non posse* VII, 50. — Vgl. L. 1. C. *de jur. et facti ignor.* L. 1. L. 4. C. *si adv. rem jud.* II, 27. Tit. Cod. *si ex fals. instrum. vel testimon. judicatum sit* II, 58. — S. Archiv für civilist. Praxis Bd. II. S. 367. 368.

4) L. 63. D. *de re jud.* L. 1. D. *de exc. rei jud.* Tit. Cod. *Quibus res judicata non nocet* VII, 56. et *inter alios acta vel judicata aliis non nocere* VII, 60. L. 16. D. *qui pot. in pign.* XX, 4. — S. übr. L. 63. D. *de re jud.* L. 4. D. *expil. hered.* XLVII, 19. und unten Note 8—11. — *Sam. Stryk* D. de auctoritate rei judicatae contra tertium. Hal. 1707. 4. S. auch meine Cession §. 7. — Hollweg Versuche üb. Theorie d. Civilproz. S. 163—165. S. 171—191. S. 207. S. 208—215. S. 225—232. Zimmern röm. Proc. §. 161.

5) L. 4. §. 3. D. *de re jud.* — Zimmern röm. Proc. §. 138. — Vgl. *Ribbentrop* comment. ad L. 16. §. 5. D. *de pign.* u. L. 9. §. 1. D. *de exc. rei jud.* not. 39. p. 40., welchem Keller a. a. O. S. 215—220. gefolgt ist.

6) L. 15. L. 19. L. 30. §. 1. D. *de exc. rei jud.* L. 40. §. 2. in f. D. *de procur.* III, 3. — L. 8. §. 2. D. *de negot. gest.* III, 5. („Si quocunque modo ratio compensationis habita non est a judice, potest contrario judicio agi. Quodsi post examinationem reprobatae fuerint compensationes, verius est, quasi re judicatâ amplius agi contrario judicio non posse, quia exceptio rei judicatae opponenda est.") L. 7. §. 8. D. *de compens.* XVI, 2. L. 1. §. 4. D. *de contrario tut. act.* XXVII, 4. — Keller §. 28. 29.

7) L. 3. L. 7. §. 4. L. 14. pr. L. 27. D. *de exc. rei jud.* — Vgl. L. 22. *eod.*

8) Es gilt dies natürlich auch für dieselben, in Beziehung auf actio, wie exc. rei jud. S. die oben (Note 4.) angef. Schr., und insbesondere, was exc. r. j. anbetrifft, Keller §. 39—43. §. 44. Nr. 2. u. 3. (S. 359 fgg.).

9) L. 9. §. 2. L. 11. §. 3. 9. 10. L. 28. L. 29. §. 1. D. *de exc. rei jud.* — Keller §. 45.

9 a) L. 63. D. *de re jud.*

10) a) L. 2. L. 3. pr. D. *de popular. act.* XLVII, 23. L. 45. §. 1. in f. D. *de procur.* III, 3. — b) L. 4. §. 3. u. 4. D. *si servit. vindic.* VIII, 5. — Keller §. 48 — Man kann hieher auch allenfalls c) den gewöhnlich als reine Ausnahme behandelten Fall ziehen, daß Vermächtnißnehmer das dem Testamentserben nachtheilige Erkenntniß auch wider sich gelten lassen müssen: L. 8. §. 16. L. 17. §. 1. D *de inoff. test.* V, 2. L. 3. pr. D. *de pignorib.* XX, 1. — Uebrigens gilt dies nur mit gewissen Einschränkungen. S. L. 50. §. 1. D. *de legat.* I. u. L. 14. D. *de appellat.* XLIX, 1. — Vgl. Keller §. 46. Zimmern röm. Prozeß §. 141. Note 7. Meine Forts. des Glückschen Comment. Bd. XXXV. S. 376 fgg. Note 71.

11) Besonders wegen L. 25. D. *de statu homin.* I, 5. L. 1. in f. L. 2. L. 3. pr. D. *de agnosc. v. alend. liber.* XXV, 3. — S. indessen Keller §. 47.

12) L. 11. §. 2. L. 14. §. 2. D. *de exc. rei jud.*

13) L. 9. pr. L. 17. D. *de exc. rei jud.* — Vgl. auch L. 18. *eod.* — Keller §. 36. — Uebrigens s. m. L. 9. §. 1. D. *eod.* — *Ribbentrop* Diss. alleg. §. 6. p. 61 sqq. und Keller §. 71.

14) L. 11. pr. L. 14. §. 2. L. 30. pr. D. *de exc. rei jud.* — S. übr. L. 11. §. 4. 5. L. 14. §. 1. L. 21. §. 3. L. 25. pr. D. *eod.* — Keller §. 34. 35. — Vgl. auch noch L. 16. §. 5. D. *de pignorib.* XX, 1. — *Ribbentrop* l. l. §. 4. p. 47. sqq. u. Keller §. 72.

15) L. 12. L. 13. L. 14. pr. L. 27. D. *de exc. rei jud.*

16) L. 5. L. 7. §. 4. u. 5. D. *de exc. rei jud.* — Keller §. 33.

17) *Gaji* inst. III. §. 180. — Keller §. 24. 25. — Vgl. (Hübner) Bericht. u. Zusätze zu Höpfner's Institutionen S. 84—87.

18) L. 2. u. 3. C. *de usur. rei jud.* VII, 54. (vgl. L. 31. D. *de re jud.* in f. u. L. 2. L. 4. §. 5. *eod.* — L. 7. *eod.* — L. 29. *eod.*).

19) Denn in Ansehung der dinglichen Klagen s. §. 2. I. *de offic. jud.*

20) L. 6. §. 3. D. *de re jud.* — Vgl. L. 4. §. 3. *eod.*

21) T. T. Cod. *de usur. rei jud.* VII, 54.

22) §. 32. I. *de act.* (*Gaji* inst. IV. §. 48—52.). — L. 2. L. 4. C. *de sent., quae sine certa quantitate profertur* VII, 46. — Zimmern a. a. O. §. 56. 57. Hollweg röm. Proz. §. 29. S. 318 fg.

22a) S. übrigens Hasse d. j. im Rhein. Mus. Bd. VI. S. 25 fg.

23) L. 4. C. *de exsecut. rei jud.* VII, 53.

24) L. 68. D. *de R. V.*

25) L. 15. §. 2—12. D. *de re jud.* Tit. Cod. *si in causa judicati pignus captum sit* VIII, 23.

§. 154.

Von der Condemnatio in id, quod facere potest debitor. (s. g. beneficium competentiae) *).

Das Recht der Schuldner, in gewissen Fällen zu verlangen, daß sie nur, soweit ihr Vermögen reicht, verurtheilt werden, wurde in der Folge dahin erweitert[1]), daß ihnen die Mittel zum nothwendigen Unterhalte gelassen werden müssen[2]), jedoch muß Caution wegen dereinstiger Nachzahlung bei verbesserten Vermögens-Umständen gemacht werden[3]). Diese Rechtswohlthat nun steht folgenden Personen zu: 1) den Eltern des Gläubigers[4]), 2) dessen Geschwistern[5]), 3) dem Patron oder der Patronin, so wie deren Kindern und Eltern[6]); 4) Ehegatten gegen einander[7]); 5) dem Schwiegervater, von dem die dos während der Ehe verlangt, oder nach aufgelöst'er Ehe zurückgefordert wird[8]); 6) Gesellschaftern, die einander mit der pro socio actio in Anspruch nehmen, gleichviel übrigens, ob sie in einer Universal-, oder nur in einer Particular-Societät stehen[9]); 7) den zum regelmäßigen Militär gehörigen Personen[10]); 8) den auf Erfüllung einer Schenkung in

Anspruch Genommenen, welche überdies ihre sonstigen Schulden vorabziehen dürfen [11]); 9) demjenigen, welcher wegen Schulden in Anspruch genommen wird, die er contrahirt hat, während er in väterlicher Gewalt war, wenn er emanzipirt, oder enterbt ist, oder auch der väterlichen Verlassenschaft entsagt hat [12]); 10) insolventen Schuldnern, die ihr Vermögen den Gläubigern abgetreten haben, jedoch nur in Ansehung des spätern Erwerbs [13]); 11) in Ansehung des gegenwärtigen Vermögens denen, welche unverschuldet zur Insolvenz gekommen sind und zur ejuratio bonae copiae gelassen werden [14]). — Es ist aber dies s. g. beneficium competentiae gewissen Einschränkungen unterworfen: a) Kann es nur durch eine Einrede geltend gemacht werden, ist daher das Ganze gezahlt, so findet kein Zurückforderungsrecht dessen, was hätte abgezogen werden können, Statt [15]). b) Es ist diese Einrede activ immer in rem, bisweilen auch passiv [16]). c) Sie ist ein singuläres Recht, mithin einer stricten Interpretation unterworfen, am wenigsten aber durch logische Ausdehnung zu erweitern [17]), weshalb denn auch das s. g. Interventionsrecht, d. h. die Befugniß eines Dritten, der dabei interessirt ist daß der Schuldner nicht darbe, für denselben die Competenz zu verlangen, rechtlich nicht vertheidigt werden kann [18]). d) Es fällt dies Recht ganz weg, wenn dem Schuldner ein Dolus in Ansehung des Verhältnisses, woraus er in Anspruch genommen wird, vorgeworfen werden kann, und überhaupt, wenn das Forderungsrecht sich auf ein Delict gründet [19]).

*) *Fr. Ramos del Manzano* in append. recit. ad tit. de re jud. (thesaur. *Meerm.* T. VII. p. 137 sqq.). *J. B. de Wernher* de beneficio competentiae (adj. select. obs. for. T. II. P. VII. obs. 85. p. 227 sqq.). — *Jo. Aug. Hellfeld* D. de beneficio competentiae ex proprio aeque ac tertii jure (in opusc. j. civ. priv. Nr. XXV.). C. C. Dabelow ausführl. Entw. d. Lehre v. Conc. der Gläubiger Cap. 7. S. 159—175.

1) L 19. §. 1. D. *de re jud.* „— qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest, condemnatur — — —. *Imo nec totum, quod habet, extorquendum ei puto, sed et ipsius ratio habenda est, ne egeat.*

2) Die condemnatio in id quod fac. potest und das s. g. benef. competet. sind an sich verschieden; jene enthielt schon eine Einschränkung der Condemnatio selbst, und befreiete daher den Schuldner von allen Ansprüchen der gegenwärtigen Gläubiger, dieses enthielt eine Einschränkung der Execution. Nichtsdestoweniger beruht die gewöhnliche Ansicht

auf guten Gründen, daß nämlich auf diese Weise nur das historische, nicht aber das praktische Verhältniß beider Begriffe zu bestimmen sei; m. a. W., daß aus dem ersteren Recht das zweite hervorging, und nun zwar die Form der condemnatio in id quod facere poterat debitor blieb, die neue Rechtswohlthat auch meistens so bezeichnet wurde, der Gläubiger aber durch die in der condemnatio ausgedrückte Summe nicht für immer abgefunden war. M. s. z. B. L. 173. pr. D. *de reg. jur.* „In condemnatione etc. — ne egeant." — L. 30. in f. D. *de re jud.* L. 15. in f. L. 16. D. *sol matrim.* XXIV, 3. — Auch findet sich bei Theophilus, auf den man sich hier zu berufen pflegt (IV, 6. §. 37.), keineswegs ein bestimmter Gegensatz beider Begriffe, sondern er spricht nur von der Form der condemnatio. — Vgl. Thibaut civilist. Abhandl. Nr. XVI. S. 346 — 349. A. M. sind Schöman Handb. des Civilr. II. Nr. V., und Zimmern röm. Prozeß §. 141. Note 2., mit Berufung auf *Holtius*, in der bibliothèque du Jurisconsulte T. I. p. 390 fgg. und v. Schröter in der krit. Zeitschr. für R. W. Bd. IV. S. 76 fgg., welche übrigens wesentlich mit der hier dargestellten Ansicht übereinstimmen.

3) L. un. §. 7. C. *de rei ux. act.* V. 13. L. 63. §. 4. D. *pro soc.* XVII, 2.

4) L. 16. in f. L. 30. in f. D. *de re jud.*

5) L. 63. pr. in f. D. *pro soc.* („hoc enim summam rationem habet, cum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat.") Vgl. Thibaut log. Ausleg. A. 2. S. 63. 64.

6) L. 17. D. *h. t.*

7) §. 37. I. *de act.* L. 27. in f. L. 20. D. *h. t.* Vgl. *Cujacii* observ. XXIV. obs. 38.

8) L. 21. 22. D. *h. t.* L. 15. §. 2. L. 16. 17. pr. D. *soluto matrim.* XXIV, 3.

9) L. 63. pr. D. *pro socio.* („Verum est, quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id, quod facere possunt, quodve dolo malo fecerint, quo minus possint, condemnari oportere.") Wie dieser Ausspruch Ulpians mit der, ebenfalls aus seinen Schriften genommenen L. 16. D. *h. t.* („Socium autem omnium bonorum accipiendum est") zu vereinigen sei, ist sehr streitig. Vgl. Glück Pand. Bd. XV. S. 427 — 431. und die das. angef. Schriftsteller, denen noch beizufügen sind Gans u. Gensler im Archiv für civilist. Praxis Bd. II. Nr. 21. 22. 33.

10) L. 6. 18. D. *h. t.*

11) L. 19. §. 1. L. 30. L. 41. L. 49. in f. *h. t.* L. 28. D. *de reg. jur.*

12) L. 2. 4. 5. 6. D. *quod cum eo, qui in al. pot. est negot. gest. esse dic.* XIV, 5. L. 10. u. 49. D. *h. t.* — Vgl. L. 3. D. *quod cum eo* etc. („Sed an hic detrahi debeat, quod aliis debetur, tractari potest. Et siquidem sint creditores, qui cum esset alienae potestatis, cum eo contraxerunt, recte dicetur, occupantis meliorem esse conditionem: *nisi si quis privilegiarius veniat; hujus enim non sine ratione prioris ratio habetur.* Quodsi qui sint, qui posteaquam sui juris factus est, cum eo contraxerunt, puto horum rationem habendam.") — Glück Pand. Bd. XIV. S. 294 — 298.

13) L. 4. 6. D. *de cess. bonor.* L. 3. C. *de bon. auct. jud. possid.* VII, 72. — S. Thibaut über das Verhältniß und die Rechte neuer

u. alter Gläubiger bei einer abermal. Verarmung des Gemeinschuldners (civ. Abh. Nr. XVI.)

14) Nov. 135. pr. in f. u. cap. 1. (Vgl. *Cujac.* in expos. Nov. ad h. l.) — S. auch unten §. 170. Note 1. u. 8.

15) L. 8. 9. D. *de cond. ind.* XII, 6.

16) L. 12. 13. D. *sol. matrim.* XXIV, 3. L. 23—25. D. *h. t.* L. 7. pr. D. *de exc.* XLIV, 1. — L. 41. pr. D. *h. t.* — Vgl. mein Pr. de jure ej. cui act. cessit creditor. IV. §. 6.

17) S. oben §. 64. Note 11.

18) A. M. ist *Hellfeld* l. c. — Vgl. auch Dabelow Concurs S. 506—514.

19) L 4. §. 1. 2. L. 6. D. *quod cum eo* etc. L. 63. pr. u. §. 7. D. *pro soc.* — L. 22. §. 1. L. 51. D. *h. t.* L. 52. *eod.* („Si rerum amotarum cum viro agatur, quamquam videatur ea quoque actio praecedentis societatis vitae causam habuisse, in solidum condemnari debet: *quoniam ex male contractu et delicto oritur.*") S. *Duareni* comment. ad h. l. (in opp. p. 693.) u. *Pothier* Pand. Justin. Tit. de re jud. Nr. 69. Note k.

§. 155.

IV. Interdicte *).

Interdicte waren Formeln, wodurch der rechtsprechende Magistratus auf den Antrag des Klägers ein Gebot oder Verbot an den Verklagten aussprach [1]). A) Die Art, wie dies Gebot oder Verbot ausgesprochen wurde, richtete sich nach dem nächsten Zwecke der Interdicte, und hiernach sind dieselben entweder prohibitorische, oder restitutorische, oder exhibitorische [2]). B) Ihrem Inhalte nach betreffen sie entweder den Besitz (possessorische Interdicte im weiteren Sinne), oder nicht. Zu diesen gehören die interdicta ad exhibendum [3]), ferner das interd. quod vi aut clam, de arborib. caedendis, de glande legenda, de migranda u. a. m. [4]). Die ersteren aber sind entweder adipiscendae possessionis interdicta, oder possessorische Interdicte im e. S., d. h. solche, wobei der Kläger sich auf ein jus possessionis gründet, ein noch bestehendes — int. retinendae possessionis — oder ein verlornes — int. recuperandae possessionis [5]). C) Nach ihrem Gegenstande beziehen sie sich entweder auf res divini oder humani juris, und die letzteren sind bald publica — wegen öffentlicher Plätze, Wege, Flüsse, — bald privata, d. i. sie betreffen die besonderen Rechte einzelner oder auch juristischer Personen [6]). D) Ihrer prozessualischen Wirkung

nach sind sie entweder simplicia, oder duplicia [7]). Für die rechtliche Bedeutung der Interdicte aber als Klagen wird der Grundsatz aufgestellt: „licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt [8]). Was aber das Verfahren selbst anbetrifft, so kam es zur Zeit des ordo judiciorum, wenn der Verklagte dem Interdict keine Folge leistete [9]), auf den Grund des Interdicts zur Verhandlung vor dem Judex [10]); nach aufgehobenem ordo judiciorum aber nehmen die Interdicte geradezu den Character summarisch zu verhandelnder Klagen an, wobei die Einleitung auch wohl noch durch einen Befehl erfolgte [11]).

*) Dig. (XLIII, 1.) *de interdictis sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt.* Cod. (VIII, 1.) *de interdictis.* Inst. (IV, 15.) *de interdictis.* (*Gaji* inst. IV. §. 139 sqq.) — *Dupont* comment. in commentar. IV. Inst. Gaji p. 153—179. Zimmern röm. Prozeß §. 71—74. Hollweg Prozeß des sinkenden Röm. Reichs §. 37.

1) *Gaji* inst. IV. §. 139. Pr. I. *h. t.* — Schilling Bem. üb. röm. Rechtsgesch. S. 271 fg.

2) §. 1. I. *h. t.* L. 1. §. 1. D. *h. t.* („— sunt tamen quaedam interdicta et mixta, quae et prohibitoria sunt, et exhibitoria.") Vgl. hiezu die Glosse.)

3) §. 1. I. *h. t.* Dig. XLIII. Tit. 5. 29. 30. Cod. VIII. Tit. 7. 8. L. 2. §. 1. D. *de interd.*

4) Dig. XLIII. Tit. 4. 6—15. 24. 25. 27. 28. 32. L. 20. D. *de O. N. N.* XXXIX, 1.

5) §. 2—6. I. *h. t.* L. 2. §. 3. D. *h. t.* — Vgl. L. ult. in f. D. *de servit.* VIII, 1. *Gaji* inst. IV. §. 145. Savigny Besitz §. 35. 36. — S. auch Duroi Archiv f. civilist. Praxis VI. S. 265—277.

6) L. 1. pr. L. 2. §. 1. D. *de interd.*

7) L. 2. pr. *eod.*

8) L. 1. §. 3. *eod.* Ueber die verschiedenen Auslegungen dieses Satzes vgl. man Savigny Besitz S. 32. (d. 5. A.) Duroi a. a. O. S. 425 fg. Zimmern a. a. O. S. 226. Hasse d. j. im Rhein. Mus. Bd. VI. S. 198 fg.

9) L. 6. §. 2. D. *de confess.* XLII, 2. — Vgl. L. 1. §. 1. D. *de tab. exhib.* XLIII, 5.

10) *Gaji* instit. IV. §. 141. 163—170. *Theophili* Paraphr. ad pr. u. §. I. *h. t.* — Haubold in der Zeitschrift für geschichtl. R. W. Bd. III. Nr. XII.

11) §. 8. I. *h. t.* („De ordine et vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere. Nam quotiens extra ordinem jus dicitur (qualia sunt hodie omnia judicia) non est necesse, reddi interdictum, sed perinde judicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.") L. 3. 4. C. *h. t.* — Der im Texte ausgedrückte Satz ist besonders in der neuesten Zeit Gegenstand mannichfacher Erörterungen geworden. M. s. v. Savigny in der

Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. V. Nr. I. Bd. VI. Nr. III. Thibaut Archiv f. civilist. Praxis X. Nr. XXIII. Mein Entw. des Civilproz. S. 236—238. und S. 252. *Zimmern* Pr. Quo sensu summarium vocari possit interdictorum Romanorum judicium. Jen. 1828. v. Löhr im Archiv für civilist. Praxis Bd. XII. Nr. VI. Hollweg Röm. Civilprozeß §. 37. — Was wohl als unzweifelhaft angesehen werden dürfte, ist Folgendes: a) Schon im älteren Recht war die eigenthümliche Einleitungsform des Prozesses durch Interdicte auf Abkürzung des Verfahrens berechnet (*Gaj.* IV, 139. „Praetor — auctoritatem suam finiendis controversiis interponit"); b) unter den Kaisern ist summarische Behandlung ausdrücklich vorgeschrieben (Man sehe z. B. L. 22. Th. C. *quor. appellat. non recipiantur* XI. 36. „In interdicto quorum bonor. cessat licentia provocandi, ne, *quod beneficio celeritatis inventum est, subdatur injuriis tarditatis.*" — L. 3. J. C. *quor. bonor.* („— jubemus, ut *omnibus frustrationibus amputatis*, per interdictum quorum bonorum in petitorem corpora transferantur, *secunda actione proprietatis non exclusa.*") Auch ist dies jetzt — abgesehen von willkührlichen Einschränkungen des Begriffs eines summarischen Prozesses — von allen Schriftstellern eingeräumt, und dadurch die Annahme der Praktiker vollkommen begründet, daß in allen (h. z. T. noch anwendbaren) Fällen, wofür im R. R. ein Interdict vorkommt, gegenwärtig eine summarische Klage — mit Berücksichtigung der materiellen Eigenthümlichkeiten der einzelnen Interdicte — gegeben werde.

§. 156.

V. Von den missiones in bona *).

A) Gründe und Gegenstand.

Unter der missio in bona ist die Einweisung in ein Vermögen oder einzelne Stücke desselben vermittelst obrigkeitlichen Decrets zu verstehen. Ihr nächster Zweck kann seyn: Sicherstellung eines Rechts oder Anspruches, und (indirecter) Zwang gegen Ungehorsame (contumaces). Doch setzt jede missio ein, wenigstens bedingtes, Recht dessen, welcher darauf anträgt, voraus [1]); das Daseyn desselben ist im Zweifel durch eine summarische Cognition zu ermitteln [2]). Außerdem wird ein in den Gesetzen anerkannter Missionsgrund erfordert. Sämmtliche Gründe werden im R. R. auf vier Klassen zurückgeführt [3]): I. die Mission erfolgt rei servandae gratia, d. h. hier, überhaupt zur Sicherung eines Forderungsrechts, wohin folgende besondere Fälle gehören: 1) wenn derjenige, welcher cautionem de judicio sisti bestellt hat, sich weder einfindet, noch von einem Anderen vertreten wird [4]); 2) wenn ein Schuldner sich verborgen hält, um den Ansprüchen seiner

Gläubiger zu entgehen, auch Keiner seine Vertheidigung übernimmt [5]); 3) wegen Insolvenz eines Schuldners [6]); 4) Immission zum Zweck der Vollstreckung eines richterlichen Erkenntnisses [7]); 5) Immission erbschaftlicher Gläubiger in das erbschaftliche Vermögen, wenn hereditas vacans ist, oder eine Ungewißheit darüber eintritt, ob die Erbschaft angetreten werde, oder nicht, oder die Solvenz des Erben verdächtig ist, derselbe auch keine genügende Sicherheit bestellt [8]). II) Eine auf eigenthümlichen Grundsätzen beruhende Mission ist zur Sicherstellung der Vermächtnißnehmer angeordnet (m. legatorum s. fideicommissorum servandorum causa), wenn der Onerirte nicht Sicherheit bestellt, wegen Leistung solcher Vermächtnisse, deren sofortige Erfüllung aus irgend einem Grunde noch nicht erfolgen kann [9]). III) Auch die missio eines Gebäude-Nachbarn in das benachbarte baufällige Gebäude, wegen nicht geleisteter cautio damni infecti, ist durch ganz besondere Voraussetzungen bedingt und mit eigenthümlichen Wirkungen verbunden [10]). Endlich IV) kommen noch zur Sicherung eines Erbrechts (hereditatis tuendae causa) eigne Missionen vor, nämlich die missiones ventris nomine und ex Carboniano edicto [11]), womit auch die Mission verwandt ist, welche der Curator eines Wahnsinnigen einer diesem angefallenen Erbschaft wegen erhält [12]). — Bisweilen erfolgt die Mission nur in bestimmte Sachen; so die missio damni infecti causa und bei Forderungen, welche ein bestimmtes Grundstück zum Gegenstande haben, außer in dem oben (I. 2.) erwähnten Fall, wenn der Gegner sich absichtlich verborgen hält [13]). Eben so erfolgt die Mission, welche sich auf ein Erbrecht, oder auf Ansprüche an die Erbschaft gründet, in der Regel nur in diese, falls nicht fortgesetzter Ungehorsam oder ein dolus des Gegners vorliegt, in welchem Falle auch dessen eignes Vermögen Gegenstand der Mission ist [14]). In allen übrigen Fällen geschieht die Mission immer in das Gesammt-Vermögen des Gegners.

*) Dig. (XLII, 4.) *quib. ex causis in possessionem eatur*, et (XLII, 5.) *de rebus auctoritate judicis possidentis.* Cod. (VII, 72.) *de bonis auct. jud. possid. s. venundandis.* — *Stieber* de bonor. emt. apud vet. Romanos P. I. c. 2. §. 10 sqq. Zimmern röm. Proz. §. 76. 77. §. 84—86. — Ueber die gehörigen Bestimmungen des can.

und des deutschen Rechts s. *Boehmer* Jus eccl. Protest. Lib. II. Tit. XV. §. 9—19.

1) L. 6. pr. D. *h. t.* (*quib. ex c. in p. eatur*). — Um übrigens das Recht zum Verkauf zu erhalten, muß das Forderungsrecht ein unbedingtes und fälliges seyn. L. 7. §. 14. L. 14. §. 2. *eod.* — *Cujacii* observ. Lib. X. c. 32. *Lud. Vitalis* lection. variar. Lib. II. c. 14. (in Otto's thes. T. II. p. 676.). — Schilling Bemerk. üb. röm. R. G. Note 776. S. 280—282.

2) L. 2. §. 14. D. *de ventre in possess. mitt.* XXXVII, 9. L. 3. §. 4. D. *de Carb. edicto* XXXVII, 10.

3) Vgl. L. 1. D. *h. t.* (XLII, 4.). — Gesterding Pfandrecht §. 22. der 2ten A.

4) L. 2. D. *h. t.* — L. 5. *eod.* — L. 6. §. 2. *eod.* — S. auch c. 3. u. c. 5. §. 6. 7. 8. X. *ut lite non contestata non procedatur* etc. II, 6.

5) L. 7. §. 1—9. u. §. 13. D. L. 9. C. *h. t.* Nov. 53. c. 4. §. 1.

6) *Theophili* Paraphr. ad pr. Tit. I. *de succ. subl., quae fiebant per bonor. vendit.* L. 12. D. *de reb. auct. jud. possid.*

7) L. 3. C. *de execut. rei jud.*

8) L. 5. C. *h. t.* — L. 8. L. 9. D. *h. t.* L. 23. §. 1. 2. D. *de her. instit.* XXVIII, 5. — L. 31. D. *de reb. auct. jud. possid.*

9) Dig. (XXXVI, 4.) *ut in possess. leg. vel fideic. serv. causa esse liceat.* Cod. (VI, 54.) *ut in poss. leg. vel fideic. serv. causa mittatur, et quando satisdari debeat.* — Daß diese missio aufgehoben sei, behauptet v. Löhr in s. Magaz. Bd. 3. S. 195 fg. und im Archiv für civilist. Pr. Bd. V. S. 208 fgg. Ihm folgt Zimmern a. a. O. §. 86. S. 271. S. jedoch unten Bd. III. §. 730. Note 2.

10) L. 4. §. 1. D. *de damno inf.* XXXIX, 2.

11) Dig. (XXXXVII, 9.) *de ventre in possessionem mittendo et curatore ejus*, (XXXII, 10.) *de Carboniano edicto.* Cod. (VI, 17.) *de Carboniano edicto.* — S. Löhr Magaz. für Gesch. u. Phil. des Rechts Bd. II. S. 451 fgg.

12) L. 7. §. 3. C. *de cur. fur.* V, 70. — Löhr Magaz. Bd. III. S. 62. 63.

13) L. 15. §. 11. 12. D. *de damno inf.* L. 1. in f. D. *h. t.* — L. 7. §. 17. D. *h. t.*

14) L. 7. §. 18. 19. D. *h. t.* L. 5. §. 5. D. *ut in poss. legat. rel.*

§. 157.

B) Wirkung der miss. in bona.

Der Immittirte erhält eine custodia an dem Gegenstand, d. h. Detention der Sache zu seiner Sicherstellung[1]), ein prätorisches Pfandrecht[2]), und ein eigenthümliches Interdict, oder eine in factum actio zu gleicher Wirkung[3]) zum Schutz des durch die Mission ihm ertheilten Rechts. Dieses Rechtsmittels bedient er sich, theils um die wirkliche Detention zu erlangen, wenn der Gegner ihn nicht zulassen will,

theils um sie wieder zu erhalten, wenn er vertrieben ist; im ersteren Falle kann er auch fordern, daß ihm geradezu und unmittelbar durch gerichtliche Zwangsmittel der Besitz verschafft werde [4]). Uebrigens erhält er weder alleinigen (d. h. den Gegner ausschließenden), noch juristischen Besitz [5]); nur wenn bei beharrlichem Ungehorsam des Gegners wegen nicht geleisteter cautio damni infecti eine immissio ex secundo decreto verfügt wird, erhält er einen ausschließlichen, und zwar einen Verjährungs-Besitz [6]). Kann der Zweck der Mission nicht anders erreicht werden, so erhalten die Immittirten auch ein Verkaufsrecht, bisweilen sogar das Recht, die Früchte zu lucriren [7]). Ist der Verkauf nicht gestattet, oder noch nicht thunlich, so tritt eine Verwaltung der Immittirten oder eines Curators ein; dabei sind denn die aus den nicht verpachteten Grundstücken perzipirten regelmäßig aufzubewahren, oder, sofern die Beschaffenheit derselben dies rathsam macht, zu verkaufen [8]).

1) L. 12. D. *h. t.*

2) L. 26. D. *de pign. act.* XIII, 7. L. 2. C. *de praetor. pign.* VIII, 22.

3) Vgl. L. 1. pr. u. §. 5. D. *ne vis fiat ei* (s. die folg. Note).

4) Dig. (XLIII, 4.) *Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est.* — Vgl. Hollweg röm. Proz. §. 29. S. 307. S. übrigens *Huschke* de action. formulis, quae in L. Rubr. exst. (Vrat. 1832.) p. 17. Nr. III.

5) L. 15. §. 20. D. *de damno inf.* XXXIX, 2. L. 5. pr. D. *ut in poss. leg.* XXXVI, 4. — L. 10. §. 1. D. *de a. v. a. p.* XLI, 2. L. 12. D. *h. t.* L. 7. pr. *de damno inf.* — Savigny Besitz S. 8. 9. (d. 5. A.). *Stieber* l. l. p. 56 sq.

6) L. 15. §. 16. 21. 23. D. *de damno inf.* — Vgl. Savigny Besitz S. 282. u. das. die Note ?. (d. 5. A.) Gesterding Pfandr. S. 151. (d. 2. A.) *Stieber* §. 19.

7) L. 21. §. 2. in f. D. *ex quib. caus. maj. in int. rest.* IV, 6. L. 7. §. 1—3. §. 9—12. D. *h. t.* L. 5. D. *de reb. auct. jud. possid.* L. 6. C. *h. t.* — L. 7. §. 19. D. *h. t.* — Vgl. L. 5. §. 16. 21. D. *ut in poss. leg.*

8) L. 5. §. 22. D. *ut in poss. leg.* L. 8. D. *h. t.* — S. unten §. 171.

§. 158.

VI. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand *).

A) Allgemeine Grundsätze.

1) Begriff und einleitende Bemerkungen.

In einer allgemeinen, auch dem Röm. Recht nicht unbekannten Bedeutung [1]) ist Wiedereinsetzung in den vorigen

Stand (in integrum, oder integri restitutio): jede Wiederherstellung eines nach strengen Rechtsbegriffen verlorenen Rechts oder Zustandes, geschehe sie im Wege der Gnade, oder aus rechtlichen Billigkeitsgründen[2]). Durch einen Gnadenact kann nur der Inhaber der Regierungsgewalt im Staat restituiren[3]), aus rechtlichen Billigkeitsgründen aber auch der Richter[4]). Diese Restitution nun, auf welche sich die folgende Darstellung fast ausschließlich bezieht, beruht ihrem Wesen nach auf der prätorischen Jurisdiction und dem prätorischen Edict. Zwar schreibt man auch einzelne Restitutionsgründe dem ädilitischen Edict zu[5]), oder anderen Rechtsquellen[6]); indessen genau genommen ist hier entweder gar von Restitutionen nicht die Rede, oder doch nur von einer Anwendung der prätorischen Restitutionsgründe[7]). Im Ganzen lassen sich nun die edictsmäßigen Restitutions-Gründe auf sieben Classen zurückführen[8]): a) Restitution wegen vis und metus; b) wegen dolus malus, womit auch die besonderen Edicte, wegen der alienatio judicii mutandi causa und einer dolosen Veräußerung zum Nachtheil der Creditoren in Verbindung stehen[9]); c) Restitution wegen Minderjährigkeit[10]), d) wegen der capitis deminutio des Schuldners[11]), e) wegen eines entschuldbaren Irrthums[12]), f) wegen Abwesenheit, endlich g) Restitution aus nicht genau bestimmten Billigkeitsgründen[13]), welche man auch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus der Generalclausel zu nennen pflegt[14]). — Die Restitutions-Lehre greift übrigens fast allenthalben ein; sie gehört daher eben so gut zu den allgemeinen Lehren, wie die von den Klagen, und es ist so wenig, wie bei diesen, nöthig, alle besonderen Anwendungen an der nämlichen Stelle vorzutragen. Versuche der Art sind zwar gemacht, allein nicht mit Consequenz durchgeführt, lassen sich auch nicht vollständig durchführen, ohne den materiellen Zusammenhang einzelner Rechtsmaterien zu zerreißen[15]). In dem Folgenden nun sind zuvörderst die allgemeinen Grundsätze über Wiedereinsetzung in den v. St., hiernächst aber die einzelnen Restitutionsgründe dargestellt, welche ihres allgemeinen Einflusses wegen nicht füglich einen bestimmten Platz im System finden können, nämlich die R. wegen Zwangs, Betrugs, Irrthums, Abwesenheit, und aus der General-Clausel.

*) Dig. (IV, 1—7.) *de in integrum restitutionibus.* Cod. Lib. II. Tit. 20—55. — *P. P. H. de Dompierre de Jonquières* Spec. de restitutionib. in integrum. Lugd. Bat. 1767. 8. *C. F. Glück* D. de vita petendae restitutionis in integrum praetoriae. Hal. 1776. 4. u. in den opusc. jurid. Fasc. II. p. 259—500. u. Fasc. IV. p. 1—95. *C. G. Biener* hist. jur. civ. de restitutionibus in integrum. Lips. 1779. 4. Besonders aber: G. C. Burchardi die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Gött. 1831., womit zu vergleichen: v. Schröter üb. Wesen und Umfang der in int. test. (in der Zeitschrift für Civilrecht u. Prozeß Bd. VI. Nr. III.). K. A. Schneider die allgemein subsidiären Klagen des Röm. Rechts (Rost. 1834.) II. Cap. 1. S. 216—307. — Folgende Schriften gehen zunächst auf die Bestimmung der heut. Anwendbarkeit dieser Lehre: *J. F. Wahl* Pr. de usu restit. in int. praet. Rom. in judic. Germanic. Goett. 1751. 4. *J. U. Roeder* de restit. in int. Hildburgh. 1783. 8. C. Klien üb. das Wesen u. die heut. Anwendbarkeit der prät. Rest., insonderh. d. Wiedereinsetzung wegen Zwangs u. Furcht; im Archiv f. civilist. Pr. I. Nr. XVI. Hänel üb. das Wesen und den heut. Gebrauch der actio u. exc. doli; im Archiv f. civ. Pr. XII. Nr. XX.

1) L. 1. §. 9. 10. D. *de postul.* III, 1. („— — De qua autem restitutione Praetor loquatur, utrum de ea, quae a principe datur, an quae a senatu? Pomponius quaerit; et putat, de ea restitutione sensum, quam vel princeps, vel senatus indulsit.")

2) *Pauli* sent. rec. I, 7. §. 1. L. 2. in f. C. *in quib. caus. in int. rest. necessaria non est* II, 41. — *H. Donelli* comment. jur. civ. L. XXI. c. 4. *Glück* de vita petendae in int. rest. c. 1. §. 1. — In einem weiteren Sinne kann man alle auf Billigkeit beruhenden Klagen, so wie auch die Erneuerung eines alten Zustandes, welche ipso jure erfolgt, als Restitution im w. S. bezeichnen. Burchardi a. a. O. §. 1. S. 7 fgg. Nr. I. II.

3) L. 1. §. 10. D. *de postul.* („— An autem et Praetor restituere possit? Et mihi videtur, talia Praetorum decreta non esse servanda, nisi sicubi ex officio jurisdictionis subveniant, ut in aetate observatur, si quis minor deceptus sit, caeterisque speciebus, quas sub titulo de in int. restitutione exsequemur" —.) — Vgl. Cod. (IX, 51.) *de sententiam passis et restitutis.* — Uebrigens will Burchardi a. a. O. S. 20 fgg. (Nr. 3.) und S. 44 fgg., auch die eigentliche, oder prätorische Restitution, einen Gnadenact benannt wissen. S. dagegen v. Schröter a. a. O. S. 169 fgg.

4) L. 1. §. 10. D. *de postul.* (s. die Note 3.). L. 3. D. *h. t.* „Omnes in integrum restitutiones causâ cognitâ a Praetore promittuntur; scil. *ut justitiam earum causarum examinet*" —. Der Ausdruck restituere in seinem ausgebildeten Sinne wird übrigens nicht buchstäblich auf ein Wiederverschaffen der verlornen Sache, oder eines verlornen Rechtsmittels bezogen, sondern hier heißt es überhaupt: Jemandem aus Gründen der Billigkeit eine außerordentliche Rechtshilfe gewähren wider einen Nachtheil, der aus der Anwendung des strengen Rechts für ihn entstehen würde, entweder geradezu durch Herstellung eines alten Zustandes, oder durch ein Rechtsmittel, das ihn für die Nachtheile entschädigt, welche ihn nach strengen Rechtsgrundsätzen treffen würden. (Schilling Bemerk. über Röm. R. G. S. 278 fg.) Diese erweiterte (juristische) Bedeutung des Ausdrucks wird für seine allgemeingeltende erklärt (s. L. ult. §. 1. D. *de V. S.* „Restituit non tantum, qui solum corpus, sed etiam qui omnem rem conditionemque reddita causa praestet, *et tota restitutio juris est interpretatio.*" S. darüber

Cramer in seiner Ausg. des Tit. *de V. S.* Note 15.); sie muß daher auch für die eigentliche Restitution gelten, d. h. für diejenige, welche durch *integri* oder *in integrum restitutio* bezeichnet wird, ja hiefür bildete sie sich ohne Zweifel zuerst aus, wie sie denn ja überhaupt ein rein technischer Begriff ist. Indessen behauptet man jetzt gewöhnlich, daß allemal die Rescission eines vorhandenen und die eigentliche Wiederherstellung eines früheren Rechtszustandes zu einer in int. rest. erforderlich sei, weshalb denn die Entschädigungs- und Interessen-Klagen, welche z. B. wegen Zwangs und dolus gegeben werden, nicht als in integrum restitutiones betrachtet werden dürften. S. *Zimmern* de judicio quod vocant rescindente et rescissorio (Jen. 1826. 8.) p. 8. Derselbe Röm. Prozeß §. 102. 103.; v. Schröter Zeitschr. über Civilr. und Prozeß Bd. VI. S. 113—150., dem auch Schneider a. a. O. S. 256. in der Hauptsache beigetreten ist. — Dem ursprünglichen Begriff mag diese Ansicht immerhin entsprechen; quellenmäßig ist sie gewiß nicht. Denn a) in allen Verhältnissen, wobei jene s. g. Restitutions-Klagen vorkommen, tritt der Prätor wider ein nach dem jus civile begründetes Recht auf (z. B. *Cic.* de offic. III, 14. L. 21. §. 5. 6. D. *qu. m. c.*); b) im Edict, so wie in den Digesten sind diese Klagen in unmittelbare Verbindung gebracht mit den unzweifelhaften Restitutionsgründen, wo nicht ganz eigenthümliche Zwecke einen anderen Zusammenhang erforderten; c) in unseren Rechtsquellen selbst werden die s. g. Restitutionsklagen deutlich als in int. restit. bezeichnet (z. B. L. 9. §. ult. D. *quod met. causa*, L. 3. §. 4. D. *de alienat. jud. mut. c. facta*); daß hier unter Restitution die factische Ausgleichung des Nachtheils durch Gewährung einer Schadensklage verstanden werde (v. Schröter S. 147.), enthält ein reines Zugeständniß des bestrittenen Satzes selbst; die Behauptung aber, daß in dieser, wie in anderen Stellen, der Ausdruck *in integrum rest.* blos das quantitative Verhältniß bezeichne (Schneider a. a. O. S. 250.), ist ganz willkührlich, da hier von Theilen gar nicht die Rede ist. — Von den Stellen, auf welche man sich zum Beweise beruft, daß in int. rest. im Gegensatze von den Restitutionsklagen stehe, enthält L. 9. §. 3. D. *quod m. c.* nicht diesen Gegensatz, sondern nur von negotia perfecta und imperfecta, andere beweisen höchstens nur, daß jene Klagen, welche sich im ausgebildeten prätorischen Recht allerdings von anderen prätor. Klagen wenig unterschieden, bisweilen den Restitutionen, wobei die causae cognitio in den einzelnen Fällen noch besonders wichtig erschien, entgegengestellt wurden, z. B. L. 7. §. 1. D. *h. t.* L. 1. §. 6. D. *de dolo malo*). Daraus folgt aber für den Ursprung und die Grundbedeutung dieser Rechtsmittel schlechterdings nichts. S. insonderh. auch *Pauli* sent. rec. I. VII, 4.

5) L. 1. §. 1. L. 60. D. *de aedil. edicto* XXI, 1.

6) Man rechnet dahin die Bestimmung der L. 8. §. 9. D. *ad SCt. Vellej.* XVI, 1.; ferner L. 33. D. *de re jud.* XLII, 1. (vgl. Cod. VII, 58. *si ex fals. instrum. vel test. jud. sit*). L. 31. D. *de jurejur.* XII, 2. L. 2. C. *de resc. vend.* IV, 44. L. 6. C. *de repud. vel abstin. her.* VI, 31.

7) Vgl. v. Schröter a. a. O. S. 150 fgg. Schneider a. a. O. S. 257 fgg.

8) Ueber die historische Folge der Restitutionsgründe vgl. Burchardt §. 12 fgg. und v. Schröter S. 100 fgg.

9) Dig. (IV, 7.) *de alienatione jud. mutandi causa facta.* — Dig. (XLII, 8.) *quae in fraud. creditor. facta sunt, ut restituantur.* — Vgl. Schneider a. a. O. S. 277 fgg.

10) Dig. IV, 4. u. Cod. II, 22.

11) Dig. (IV, 5.) *de capite minutis.*

12) L. 1. 2. D. *h. t.* (IV, 1.) „— per — justum errorem." — Vgl. oben §. 96.

13) L. 1. §. 1. in f. D. *ex quib. c. maj. in int. rest.* IV, 6.

14) L. 26. §. 1. L. 33. pr. D. *ex quib. c. maj.*

15) S. z. B. Heise System Buch V. §. 266. Note 6.

§. 159.

2) Erfordernisse jeder Restitution.

Die allgemeinsten Grundbedingungen jeder Restitution sind: 1) das Vorhandenseyn eines nicht durchaus unbedeutenden[1], auch nicht rein zufälligen Nachtheils[2]; daß dies gerade ein pecuniärer Nachtheil sei, ist nicht erforderlich[3]. 2) Es darf der zu Restituirende in der Regel den Nachtheil nicht selber verschuldet haben[4]; 3) demselben auch nicht durch ein ordentliches Rechtsmittel geholfen werden können[5]. 4) Ein in den Rechten anerkannter Restitutionsgrund (justa restitutionis causa)[6]. Sämmtliche Restitutionsgründe lassen sich auf zwei Klassen zurückführen: entweder a) beruhen sie auf einem persönlichen Privilegium, — wie insonderheit die Minderjährigen, für manche Fälle aber auch Frauen, Soldaten und Ungebildete (§. 96. a. E.) in dieser Beziehung privilegirt sind —, oder b) in der Beschaffenheit der Ursache des nachtheiligen Ereignisses, wogegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilt wird (Zwang, Betrug, Irrthum, Abwesenheit u. a.).

1) L. 9. pr. D. *de minorib.* IV, 4. L. 49. *cod.* („— si grande damnum pupilli vel adolescentis versatur, — — distractio per in integrum restitutionem revocatur.") L. 9. in f. *de dolo malo* IV, 3. L. 16. §. 4. D. *de min.* (s. §. 94. Note 12.). L. 54. D. *de contrah. emt.* XVIII, 1. — A. M. *Noodt* in comment. ad tit. Pand. de int. rest. (opp. T. II. p. 85.) *Schulting* zu demselben Tit. §. 7. *de Jonquières* Tit. I. §. 32., besonders wegen L. 4. D. *h. t.* („Scio illud a quibusdam observatum, ne propter satis minimam rem vel summam, *si majori rei summae praejudicetur*, audiatur is, qui in integrum restitui postulat.") Indessen der Sinn dieser Stelle ist offenbar folgender: ob eine Läsion erheblich sei, oder nicht, das lasse sich nicht so schlechthin nach der Quantität bestimmen, sondern es seien dabei die persönlichen, wie die Sachverhältnisse in genaue Erwägung zu ziehen. So müsse denn namentlich auch der Grundsatz: ne per minorem causam majori praejudicium fiat, berücksichtigt werden. Vgl. die Glosse zu dieser Stelle, ferner *Raevardus* de praejud. Lib. II. c. 8. und Burchardi a. a. O. S. 84. Note 5., welcher im Uebrigen

die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt, indem er annimmt, daß nur für bestimmte Fälle eine bedeutende Verletzung gefordert werde, §. 8. S. 85 fgg.

2) L. 11. §. 4. 5. D. *de minor.* — S. *Harmenopuli* promt. jur. I, 12. §. 62. u. das. das Schol.

3) L. 3. §. 6. D. *de min.* — L. 7. §. 6. *eod.* — L. 35. *eod.* L. 41. D. *de recept.* IV, 8,

4) L. 7. pr. in f. D. *h. t.* L. 16. D. *in quib. c. maj. in int. rest.* IV, 6. — Minderjährigen übrigens wird bloße culpa und Leichtsinn verziehen: L. 44. D. *de minor.*

5) L. 16. pr. *de min.* („In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem. *Nam si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium.*" Vgl *Roeder* l. c. §. 2. 3.). §. 1. u. 3. *eod.* („Et generaliter probandum est, ubi contractus non valet, Praetorem se non debere interponere.") — Burchardi a. a. O. §. 9. Nr. IV. S. 97 fgg. Schneider a. a. O. S. 230 fgg. — Ueber die für Minderjährige hier eingetretenen Modificationen s. unten Bd. III. §. 603. Note 17.

6) *Pauli* sent. rec. I, 7. §. 2.

§. 160.

3) Von den Rechtsmitteln, den Subjecten und den Beschränkungen der Restitution.

I) Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird entweder außerhalb eines Prozesses nachgesucht, d. h. ohne wider einen bestimmten Gegner im Wege Rechtens aufzutreten [1]), oder im Prozesse, durch Klagen, Exceptionen, Repliken ꝛc.[2]). Durch einseitige Anträge nun, so wie durch Klagen mußte man binnen einem utilis annus (§. 86. Note 4.) Restitution nachsuchen [3]); Justinian ordnete dafür ein quadriennium continuum an [4]), und soll binnen dieser Zeit nicht nur das Gesuch angebracht, sondern auch darüber entschieden seyn [5]). Auf Repliken ist dies ebenfalls anzuwenden, indem diese sonst leicht dazu benutzt werden könnten, einen verjährten Restitutions-Antrag durchzusetzen [6]), nicht aber auf Exceptionen [7]). II) Die Restitution ist activ in rem, d. h. nicht blos dem Verletzten selbst, sondern auch dessen Nachfolgern und Cessionarien wird sie gegeben [8]); seinem Geschäftsherrn nur, insofern er selber dabei interessirt ist [9]). Passiv ist sie in der Regel nur in personam [10]), also gegen einen Dritten findet sie nur ausnahmsweise Statt [11]); doch versteht sich von

selbst, daß die Restitution wider eine abgelaufene Verjährung das d r rechtlichen Strenge nach verlorne Eigenthum wieder erneuert wird [12]). III) Ausgeschlossen ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Eltern und Patrone [13]), gegen fiscalische Verkaufshandlungen [14]), nach der gewöhnlichen Meinung in der Regel auch gegen die außerordentliche Verjährung [15]), endlich wenn von Privatklagen und überhaupt von der Verfolgung eines Gewinns die Rede ist [16]).

1) Arg. L. 8. pr. D. *de a. v. o. h.* XXIX, 2. — Vgl. L. 21. §. 5. 6. D. *quod met. c.* u. L. 7. §. 11. 12. D. *de min.* — Daß immer wider einen bestimmten Gegner die Restitution nachgesucht werden müsse, wie Burchardi a. a. O. S. 548. annimmt, ist in dieser Allgemeinheit nicht zuzugeben.

2) L. 9. §. 3. D. *quod met. c.* — L. 9. §. 4. D. *de jurejur.* XII, 2.

3) §. 5. I. *de actionib.* L. 14. §. 2. D. *quod met. c.* L. 35. pr. in f. D. *de O. et A.* — Burchardi a. a. O. §. 27. S. 490 fg. — A. M. ist *A. Gu. de Schroeter* comm. de temporib. in integr. restit. (Jen. 1834. 8.) p. 3—9. — Perpetuae sind die quod met. c. und die de dolo actio, sofern sie blos auf Sachverfolgung gerichtet sind (L. 14. §. 1. 2. D. *quod met. c.* L. 28. in f. D. *de dolo malo*) und die Restitution wegen capitis deminutio (L. 2. §. 5. D. *de cap. min.* IV, 5.).

4) Zwar hat man aus den Worten der L. ult. pr. C. *de temp. in int. rest.* „quadriennium continuum — numerari ex die, ex quo utilis annus currebat" schließen wollen, daß das Quadriennium utile sei ratione initii, und auch das can. Recht scheint dies für die Restitution der Kirchen anzunehmen. c. 1. u. 2. *de rest.* in VI. (I, 2.) Glück Pand. Bd. V. §. 439. S. 442 fg. Nr. 4. — Indessen will der Kaiser dadurch gerade den Gedanken ausdrücken, daß statt des ehemaligen utile tempus jetzt ein continuum laufen solle; denn der utilis annus als solcher fing natürlich mit demselben Moment an, wie jetzt das continuum. S. Vermehren im Archiv f. civilist. Pr. X. Nr. XVIII. u. vgl. Unterholzner ausführl. Entw. d. Verjährungslehre Bd. II. S. 13 fg. (§. 153.). Burchardi a. a. O. §. 27. S. 517—524.

5) L. ult. C. *de temp. in int. rest. tam minor. et aliar. personar., quam heredum eorum* II, 53. („Supervacuam differentiam utilis anni in integrum restitutionis a nostra republica separantes, sancimus, et in antiqua Roma, et in hac alma urbe, et in Italia, et in aliis provinciis quadriennium continuum tantummodo numerari, ex die, ex quo annus utilis currebat —: ex differentiis enim locorum aliquod induci discrimen satis nobis absurdum visum est." [Vgl. L. 2. C. Th. *de int. rest.* II, 16.] „*Quod non solum in minorum restitutionibus, — sed etiam in majorum — adhiberi sancimus*, ut et hic pro utili anno memorata continuatio temporis observetur *ad interponendam contestationem finiendamque litem.*" — *Hofacker* princip. jur. civ. Rom. Germ. §. 815. in f.) — Manche beschränken die Bestimmung Justinians auf die Restitution wegen Minderjährigkeit und wegen Abwesenheit, wegen L. ult. §. 1. cit., wo es heißt: „Et quemadmodum omnis minor aetas excipitur in minorum restitutionibus, ita et in majorum tempus, quo reipublicae

causa abfuerint, vel aliis legitimis causis, quae veteribus legibus enumeratae sunt, fuerint occupati, omne excipiatur, et non absimilis sit in hac parte minorum et majorum restitutio." z. B. *Schulting* ad h. Dig. tit. §. 11., und von den Neueren v. Löhr Arch. f. civ. Pr. X. S. 86 fgg. (Nr. 10.), Vermehren a. a. O. S. 399. Note 5. Zimmern röm. Proz. §. 107. a. E. *de Schroeter* comm. cit. p. 10—12. — S. indessen *Domp. de Jonquières* Tit. I. §. 37. *Haubold* D. de temporis continui et utilis computatione c. V. (in den opusc. herausgeg. von *Wenck* T. I. p. 426 sq.). Thibaut Verjähr. §. 49. Glück Pand. IV. S. 436 fgg. Burchardi a. a. O. §. 27. S. 510 fgg., welcher übrigens auch die Ausn. für die rest. propter cap. dem. nicht mehr gelten lassen will (ebendas. S. 514.). — Eine noch kürzere Verjährungszeit, nämlich ein biennium continuum, gilt für die de dolo actio, L. 8. C. *de dolo malo*. II, 21. — Ueberhaupt s. man über die hier einschlagenden Rechtsfragen: *J. C. Koch* (resp. *Reichard*) D. *de praescr. rest. in int.* Giess. 1780. 4. *Glück* de vita pet. rest. in int. c. 3. 4. (opp. fasc. IV. p. 1—95.). Thibaut Verjähr. §. 49. Unterholzner vollst. Entw. d. Verjährungslehre Bd. II. S. 1—20. (§. 151—155.). Burchardi a. a. O. §. 27.

6) L. 9. §. 4. D. *de jurejur.* — S. Weber Beitr. zu Klagen u. Einreden St. I. S. 11. 12. Vgl. auch *Koch* l. l. §. 7.

7) L. 5. §. 6. D. *de d. m. et m. exc.* XLIV, 4. — *Koch* §. 6. und Weber a. a. O. S. 9 fg. — A. M. ist Burchardi §. 26. S. 496 fgg. Indessen ist der Schluß, von der Möglichkeit eines selbstständigen Antrags auf Verjährbarkeit einer auf gleichem Grunde beruhenden Einrede nicht haltbar.

8) L. 6. D. *h. t.* (Vgl. dazu *Schulting* §. 4.). L. 18. §. 5. L. 24. pr. D. *de min.* — Bürgen der Minderjährigen haben dies Recht nicht, wie man aus L. 51. D. *de proc.* (III, 3.) L. 3. §. 4. D. *de min.* und L. 7. §. 1. D. *de except.* (XLIV, 1.) hat schließen wollen. S. *Vinnius* sel. jur. quaest. L. I. c. 11. Burchardi §. 22. S. 409 fgg. — A. M. sind *Jo. Lud. Schmidt* (resp. *Philippi*) D. de rest. in int. num sit beneficium reale an personale (Jen. 1777. 4.) §. 4 sqq. — *L. J. F. Höpfner* D. restit. in integrum quoad fidejussorem (Giess. 1777. 4.) §. 5 sqq. Vgl. Glück Pand. Bd. V. §. 459. S. 461 fgg.

9) L. 23. D. *de min.* „Cum mandatu patris filiusfamilias res administraret, non habet beneficium restitutionis: nam et si alius ei mandasset, non succurreretur, cum eo modo majori potius consuleretur, cujus damno res sit cessura. Sed si eventu damnum minor passurus sit, quia quod praestiterit, servare ab eo, cujus negotia gessit, non potest, — sine dubio Praetor interveniet."

10) *Pauli* sent. rec. I, 7. §. 4. Vgl. L. 9. §. 4. D. *quod met. causa*, u. *Schulting* zu Paulus a. a. O. Note 14., so wie *Arndts* in der N. zu eben dieser Stelle.

11) L. 9. §. 4. u. 8. D. *quod met. c.* L. 13. §. 1. L. 14. D. *de minor.* Daß umgekehrt jede Restitution in der Regel (nämlich mit Ausnahme der restit. propter dolum) in rem sei, hat man wohl behauptet, wegen L. 5. D. *h. t.* „Nemo videtur exclusus, quem Praetor in integrum se restituturum polliceatur." Dagegen s. *Glück* D. de vita pet. rest. in int. (opp. Fasc. II.) p. 401. not. 44. Ders. Pand. Bd. V. S. 467. Note 26.

12) §. 5. I. *de act.*

13) L. 2. C. *qui et adv. quos in int. rest. non poss.* II, 42. — Vgl. Nov. 155. c. 1. — Glück Pand. §. 443. S. 463—466. — Burchardi §. 10. Nr. I. S. 117 fgg.

14) L. 5. C. *de fide et jure hastae fisc.* X, 3. — S. übrigens L. 1. u. 3. C. *si adversus fiscum* II, 37.

15) Vgl. L. 3. 4. C. *de praescr.* 30 *vel* 40 *annor.* VII, 39. L. 3. C. *de his, quae vi metuque facta sunt* II, 20. — Thibaut üb. Verjähr. §. 65. — Vgl. *Jo. Himesch* (Pr. *J. Wunderlich*) D. de rest. in int. contra praescriptionem ex capite ignorantiae non competente. Jenae 1754. 4. — Archiv für civilist. Praxis II. S. 366. Nr. a. — S. übrigens Burchardi §. 10. S. 135 fgg.

16) L. 37. pr. D. *de min.* L. 18. D. *ex quib. caus. maj.* — Andere Fälle s. bei Burchardi §. 10.

§. 161.

4) Wer kann Restitution ertheilen, und wie wird sie ertheilt?

Restituiren konnte früher nur der rechtsprechende Magistratus mit imperium, seit aufgehobenem ordo judiciorum aber jeder competente[1]) Justizbeamte, auch der blos delegirte Richter[1a]), nur kein Municipalmagistrat[2]), auch kein Schiedsrichter[3]). Ist Restitution gebeten, so muß während der Verhandlungen darüber Alles unverrückt in seiner bisherigen Lage bleiben[4]), ein abgeschlagenes Restitutions-Gesuch aber darf aus denselben Gründen nicht wieder erneuert werden[5]). Auch in sonstiger Beziehung sind die allgemein-rechtlichen und prozessualischen Grundsätze auf das Restitutions-Verfahren anzuwenden[6]); doch ist dem Richter unter Umständen gestattet, gegen Prozeßversäumnisse eine Partei zu restituiren, auch ohne erst den Gegner darüber zu hören, was man eine restitutio brevi manu nennt[7]). Uebrigens berechtigt der Umstand, daß die Restitutionen vom Magistratus (nicht vom judex) ertheilt wurden[7a]), noch keineswegs zu der Annahme: es habe wenigstens für die s. g. Restitutionen im engeren und eigentlichen Sinne (s. §. 158. Note 4.) stets ein doppeltes Verfahren Statt gefunden, ein s. g. judicium rescindens, wodurch die Restitution ausgesprochen, und ein s. g. judicium rescissorium, wodurch dieser Ausspruch verwirklicht worden sei[8]). Die causae cognitio und das decretum magistratus mußten, nachdem die rechtlichen Grundsätze über die Restitutionen öffentlich aufgestellt und anerkannt waren, hier, wie bei anderen vom Prätor eingeführten oder erweiterten Rechtsmitteln, vielfältig als bloße Form erscheinen[9]), wel-

cher dadurch genügt wurde, daß die Instructionsformel für den judex eine Hinweisung auf die besondere Begründungsart des Rechtsmittels (auf die außerordentliche Rechtshilfe) enthielte[10]). Aber auch, wo eine causae cognitio über die Restitutionsgründe nöthig war, wurde bisweilen das Hauptverfahren sogleich damit in Verbindung gesetzt (oder cognitione Praetoria entschieden), oder es wurde auch die Restitution eventuell ertheilt, d. h. für den Fall, daß der judex gewisse Umstände der Wahrheit gemäß befinden würde[11]). Allerdings aber gab es Fälle, wo über die zu ertheilende Restitution als Vorfrage extraordinaria cognitione verhandelt und entschieden wurde[12]), so wie andere, in denen schon nach der Natur der Sache die Restitutions-Frage von der Verfolgung der durch die Restitution wieder erhaltenen besonderen Rechte getrennt werden muß[13]), und insofern kommt denn nicht blos zur Zeit des ordo judiciorum, sondern auch nachher und jetzt ein doppeltes Verfahren auf Veranlassung eines Restitutions-Gesuchs vor[14]).

1) L. 2. in f. C. *ubi et apud quem cognit. in integr. rest. agitanda sit* II, 47. — *Schulting* l. l. §. 6. Burchardi §. 28. S. 548 fgg. (Wer competenter Richter sei, auch in den Fällen, wo man nicht wider einen bestimmten Gegner die Restitution nachsucht — s. darüber oben §. 160. Note 1. — ist nach dem Sachverhältnisse zu bestimmen.)

1a) L. 3. C. *ubi et apud quem* (II, 47.). — c. 9. X. *de in int. rest.* (I, 41.) u. das. *Böhmer.*

2) L. 26. §. 1. D. *ad municipal.* L, 1. — Vgl. Burchardi a. a. O. S. 541 fg. Hollweg Röm. Prozeß §. 11. S. 125. Note 21. — Heut zu Tage ist jeder ordentliche Richter zur Restitution befugt. Vgl. Burchardi S. 545.

3) L. 3. C. *ubi et ap. quem.*

4) L. un. C. *in integr. rest. postulata, ne quid novi fiat* II, 50. L. 32. C. *de transact.* II, 4. — Vgl. c. 6. X. *de in int. rest.* I, 41.

5) Tit. Cod. *si saepius in int. rest. postuletur* II, 44. — Burchardi §. 10. Nr. II. S. 124 fgg.

6) L. 13. pr. in f. L. 29. §. 2. D. *de min.* *Vinnius* sel. quaest. Lib. I. c. 10. u. *Schulting* l. l. §. 8.

7) *J. C. Eschenbach* D. de rest. in int., quae sit brevi manu. Bütz. 1778. (auch in dessen comment. jur. Fasc. I. Rostock. 1788. 8. Nr. I.).

7a) L. 3. D. *de in int. rest.* — L. 13. pr. D. *de minorib.* L. 9. §. 4. D. *de jurejur.* (XII, 2.) u. an a. O.

8) Dies behaupten *Fr. Duaren* comment. ad Tit. D. de in int. rest. c. 3. *Glück* D. de vita pet. rest. c. II. §. 7. (l. c. p. 301 sqq.) §. 20—25. p. 401—500. u. Pand. Bd. V. S. 407—413. Burchardi a. a. O. §. 24. 25. v. Schröter a. a. O. S. 104 fgg.

Schneider a. a. O. S. 60 fgg., welcher doch aber zugiebt, daß nicht immer ein besonderes Decret erforderlich gewesen sei, sondern das Resultat der causae cognitio auch sofort durch eine fictitia formula habe ausgedrückt werden können. — Die früheren Vertheidiger dieses Unterschieds stützten sich gewöhnlich auf L. 46. §. 3. D. *de proc.* (III, 3.) und L. 26. §. 7. u. 8. D. *ex quib. caus. maj.*, auch wohl auf L. 9. §. 7. D. *quod met. c.* u. L. 18. pr. D. *de dolo malo*. S. dagegen *Vinnius* sel. quaest. Lib. I. c. 10. a. E. u. *Domp. de Jonquières* Tit. I. §. 45.

9) S. meine Cession der Forderungsr. §. 15. Nr. II. a. E. — Vgl. Schneider a. a. O. S. 13 fgg.

10) S. z. B. *Gaji* inst. IV, 38. — Vgl. auch L. 2. §. 1. D. *de cap. min.*, worin Burchardi (a. a. O. S. 469 fg. Nr. 5.) blos eine Ausnahme findet. — Indessen auch die rescissoria actio wegen Abwesenheit wird auf ähnliche Art durch das Edict zugesichert (L. 1. §. 1. D. *ex quib. caus. maj.* vgl. mit §. 5. I. *de act.*), ohne daß dabei noch von einer causae cognitio die Rede ist.

11) Auf den angedeuteten Gegensatz zwischen extraordinaria cognitio und einer gewöhnlichen Prozeßeinleitung bezieht sich L. 13. §. 1. D. *de minorib.* (s. Huschke in den Tüb. Jahrb. Bd. II. S. 165 fg. [Nr. 1.]) Als eventuelle Restitutionen aber kann man nicht nur die Fälle ansehen, wo die causae cognitio und das besondere Restitutions-Decret wirklich nie mehr vorkam (s. die Note 10.), so wie die Aufnahme von Restitutionseinreden, deren factische Ermittelung ihrer Natur nach dem judex überlassen bleiben mußte, in die Instructions-Formel (*Gaji* inst. IV, 119.), sondern daß auch sonst wohl die Ermittelung der Restitutionsgründe dem judex überlassen wurde, ergiebt sich aus den Worten der L. 9. §. 4. D. *de jurejur.* — *plerumque ipsum Praetorem debere cognoscere*, an captus sit, et sic in integrum restituere."

12) S. z. B. L. 9. §. 4. D. *de jurejur.* — L. 39. pr. L. 47. §. 1. D. *de minorib.*

13) S. z. B. L. 21. §. 5. D. *quod met. c.* — Vgl. *Ulr. Huber* praelect. ad Pand. Tit. de in int. rest. u. das. seine resp. ad *Thomasii* Schol.

14) Vgl. Burchardi §. 26.

§. 162.

5) Von der Wirkung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Durch die Restitution wird — so weit dies überhaupt möglich ist[1]), auch nach der beschränkten Natur des Rechtsmittels geschehen kann[2]) — der frühere Rechtszustand wieder erneuert, und Schaden und Nachtheil von dem Verletzten abgewandt[3]). Uebrigens soll nicht blos dieser, sondern auch der Gegner das Seinige wieder erhalten, daher muß der zu Restituirende das in Folge des Geschäfts, wogegen er restituirt wird, Erhaltene wieder herausgeben[4]), und auch die

durch das Geschäft nach der rechtlichen Consequenz verlornen Forderungsrechte erhält der Gegner wieder zurück[5]).

1) Vgl. L. 24. §. 2. D. *de minor.*
2) S. §. 158. Note 4. §. 160. Note 10. 11. — Vgl. Burchardi §. 29. S. 553. u. §. 30. S. 566—568.
3) L. 9. §. 2. 4. 7. D. *quod met. c.* — L. 23. §. 2. L. 28. §. 6. D. *ex quib. caus. maj.* L. ult. §. 4. D. *quae in fraud. cred.* XLII, 8. — L. 21. §. 5. 6. D. *quod met. c.* — L. 7. §. 11. 12. L. 8. D. *de minor.* — Burchardi §. 30. S. 569 fgg.
4) L. 22. §. 1. D. *ex quib. c. maj.* — L. 39. §. 1. L. 40. §. 1. *de minor.* L. 24. §. 4. L. ult. *eod.* L. 7. 8. L. 10. §. 22. D. *quae in fraud. cred.* L. 1. 2. C. *si advers. transact. vel divis.* II, 32. L. 2. C. *si ut omiss. hered. vel bon. poss.* II, 40. L. un. C. *de reputationib., quae fiunt in jud. in int. rest.* II, 48. — Eine Modification findet hier für Minderjährige Statt: L. 27. §. 1. D. *de minor.* L. 32. §. 4. D. *de adm. et per. tut.* XXVI, 7. — Vgl. überh. Burchardi §. 29. S. 555 fgg.
5) L. ult. D. *de min.* L. 8. §. 9 sqq. D. *ad SCt. Vell.* XVI, 1.

§. 163.

B) Einzelne allgemeine Restitutionsgründe.

1) Restitution wegen Zwang *).

Eine durch Zwang bewirkte Handlung ist entweder geradezu null und nichtig[1]), oder sie wird auf Verlangen des Verletzten[2]) rescindirt, und zwar bald durch Anwendung ordentlicher Rechtsmittel[3]), bald vermittelst außerordentlicher Rechtshilfe. Diese wird nöthig bei s. g. stricti juris contractus[4]), bei abgedrungener Befreiung von Forderungsrechten[5]), bei jeder erzwungenen Entsagung und Uebertragung von Rechten[6]), und insbesondere auch, wenn eine Erbschafts-Antretung oder Ausschlagung durch Zwang veranlaßt ist[7]). Die Art und Weise dieser Restitution anbelangend, so wird sie I) hauptsächlich durch Anwendung der actio und exceptio quod metus causa bewirkt. Jene ist eine s. g. in rem scripta[8]) und arbitraria actio, welche dem Gezwungenen oder dessen Erben nicht blos wider den Zwingenden, sondern auch wider dritte Besitzer der abgezwungenen Sache gegeben wird, und darauf gerichtet ist, daß der Verklagte das Object mit allen Nutzungen und Zubehör herausgebe, oder im Ungehorsams-Fall zum vierfachen Ersatz des wirklichen oder durch

den Würderungseid zu ermittelnden Werthes [9]) verurtheilt werde [10]). Die Restitution des Objects selbst hebt das Recht auf das Vierfache auf, so wie umgekehrt die Leistung des Letzteren den Anspruch auf Ersteres vernichtet [11]). Mehrere Theilnehmer an dem Zwange haften in solidum; ist aber der Eine in Anspruch genommen, so findet gegen die Uebrigen nur noch in Ansehung dessen, was man von Jenem nicht erhalten konnte, eine Klage Statt [12]). **2)** Die exceptio quod metus causa ist ebenfalls in rem scripta, d. h. sie steht nicht nur dem Zwingenden, sondern Jedem entgegen, welcher ein durch die Zwangshandlung erworbenes Recht verfolgt [13]). II) Es kann aber die Restitution auch geradezu auf Wiederherstellung des verlornen Rechts gerichtet seyn [14]); so insonderheit in dem Falle, wenn Jemand wider eine erzwungene Erbschaftsantretung restituirt wird [14a]). Ist umgekehrt ein Verzicht auf die Erbschaft erzwungen, so hat der Gezwungene die Wahl zwischen der directen Restitution, wodurch ihm die erbschaftlichen Rechte selbst wiedergegeben werden, und zwischen der quod metus c. actio wider den Dritten [15]). — Uebrigens umfaßt dies Edict nicht alle Fälle, wobei ein unerlaubter Zwang eingetreten ist; daher erklären sich die besonderen Strafbestimmungen für andere Fälle, namentlich wegen unstatthafter Selbsthilfe und sonstiger gewaltsamer Durchsetzung gewisser Anmaßungen, wegen Dejection, Raub [16]) und gewaltsamen Verhinderns beabsichtigter Handlungen [17]). Doch wird auch aus der Menge dieser Bestimmungen, so wie aus der inneren Verwandtschaft mancher Fälle die Concurrenz anderer Rechtsmittel mit der quod metus causa actio leicht begreiflich [18]).

*) Dig. (IV, 2.) *Quod met. c. gest. erit.* Cod. (II, 20.) *de his, quae vi metusve causa gesta sunt.* Vgl. §. 93.

1) L. 21. §. 3. D. *h. t.* — L. 1. §. 1. D. *de auct. tut.* XXVI, 8. — L. 20. §. 10. D. *qui test. fac. poss.* XXVIII, 1. (Vgl. L. 1. C. *si quis aliq. testari prohib.* VI, 34.) — L. 9. pr. und L. 17. *qui et a quib. manum.* XL, 9. L. 22. D. *quod met. causa.* — S. übrigens L. 9. §. 2. D. *h. t.* *Domp. de Jonquières* Tit. II. §. 18. Burchardi §. 10. S. 141. §. 18. S. 349 fgg. Schneider a. a. O. S. 400 fgg.

2) L. 2. u. 4. C. *h. t.* — Vgl. Burchardi S. 351 fgg.

3) L. 116. pr. D. *de reg. jur.* L. 1. C. *de resc. vend.* IV, 44.

4) *Pauli* rec. sent. I, 7. §. 6. L. 5. C. *de inutil. stipul.* VIII, 39. §. 1. I. *de except.*

5) L. 21. §. 4. D. *h. t.* „Si metu coactus sim ab emtione, locatione discedere, videndum est, an nihil sit acti, et antiqua obligatio remaneat, an hoc simile sit acceptilationi, quia nulla ex bonae fidei obligatione possimus niti, cum finita sit, dum amittitur: et magis est, ut similis species acceptilationi sit, et ideo praetoria actio nascitur." S. die Noten 36—40. der Geb.-Sp. Ausg. — *G. Noodt* de forma emendandi dol. mal. c. 16. (opp. T. I. p. 334 sq.).

6) L. 8. §. 1. 2. L. 9. pr. §. 2. 5. 7. L. 21. §. 2. D. *h. t.* — Die in Folge eines erzwungenen bonae fidei contractus bewirkte Tradition kann indessen auch durch das ordentliche Rechtsmittel rescindirt werden, so lange sich die Sache noch in den Händen des Zwingenden befindet. arg. L. 3. C. *h. t.*

7) L. 21. §. 5. 6. D. *h. t.* L. 85. D. *de a. v. o. h.* XXIX, 2.

8) L. 9. §. 8. in f. D. *h. t.*

9) L. 18. pr. D. *de dolo malo.*

10) L. 9. §. 1. 4. 7. 8. L. 10. L. 14. §. 1. 2. D. *h. t.* („Post annum vero in simplum actionem pollicetur, sed non semper, sed causâ cognitâ. In causae autem cognitione versatur, ut, si alia actio non sit, tunc haec detur: et sane cum per metum facta injuria anno, et quidem utili, exoleverit, idonea esse causa debet, ut post annum actio haec dari debeat.") L. 4. C. *h. t.* — S. besonders Schneider a. a. O. Bd. II. Cap. III. S. 378 fgg. — L. 14. §. 3. D. *h. t.* („Nec cui iniquum videatur, ex alieno facto alium in quadruplum condemnari, quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur.") §. 4. 5. *eod.* L. 21. §. 2. *eod.* L. 5. C. *h. t.* — L. 12. pr. D. *h. t.* („Sed et partus ancillarum, et foetus pecorum et fructus restitui, et omnem causam oportet: nec solum eos, qui percepti sunt, verum si plus ego percipere potui, et per metum impeditus sum, hoc quoque praestabit.") L. 14. §. 7. D. *eod.* („Quadruplatur autem id, quanti ea res erit, id est, cum fructibus et omni causa.") §. 10. ib. („Quatenus autem diximus, quadruplo simplum inesse, sic hoc disponendum est, ut in condemnatione quadrupli res quidem omnimodo contineatur, et ejus restitutio fiat, poenae autem usque ad triplum stetur.") Vgl. L. 14. §. 14. *eod.* L. 16. §. 2. D. *h. t.* („Haec actio heredi ceterisque successoribus datur, quoniam rei habet persecutionem. In heredem autem, et ceteros in id, quod pervenit ad eos, datur: non immerito; licet enim poena ad heredem non transeat, attamen quod turpe vel scelere quaesitum est, ut est et rescriptum, ad compendium heredis non debet pertinere.") L. 17. 18. 19 *eod.* Vgl. c. 5. in f. X. *de raptor.* V, 17. — L. 9. §. 5. D. *h. t.* („Julianus — putat eum, cui res metus causa tradita est, non solum reddere, verum et de dolo repromittere debere.") — Ueber die Anwendung dieser Klage auf bonae fidei judicia und überhaupt im heut. Recht s. Klein a. a. O. S. 221—229.

11) L. 9. §. 6. L. 14. §. 9. D. *h. t.* „Sed et si quis per vim stipulatus, cum acceptum non faceret, fuerit in quadruplum condemnatus: ex stipulatu eum agentem adversus exceptionem replicatione eum adjuvari Julianus putat, cum in quadruplo et simplum sit reus consecutus. Labeo autem etiam post quadrupli actionem nihilominus exceptione summovendum eum, qui vim intulit, dicebat: quod cum durum videatur, ita temperandum est, ut tam tripli condemnatione plectatur, quam acceptilationem omnimodo facere compellatur."

12) L. 14. §. 15. L. 15. D. *h. t.*

13) L. 4. §. 33. D. *de d. m. et m. exc.* XLIV, 4. „Metus causa exceptionem Cassius non proposuerat, contentus doli exceptione, quae est generalis. Sed utilius visum est, etiam de metu opponere exceptionem: etenim distat aliquid doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur ejus, qui dolo fecit, enimvero metus causa exceptio in rem scripta est: si in ea re nihil metus causa factum est."

14) L. 9. §. 4—6. D. *h. t.* — Vgl. Glück Pand. Bd. V. §. 448. S. 494. Nr. a.

14a) L. 21. §. 5. D. *h. t.* L. 85. D. *de a. v. o. h.* XXIX, 2.

15) L. 21. §. 6. D. *h. t.*

16) Vgl. L. 12. §. 2. L. 13. L. 14. pr. D. *h. t.* (vgl. §. 134.). — L. 1. C. *h. t.*

17) Dig. (XXIX, 6.) *si quis aliq. prohib.* und L. 2. C. *eod.* VI, 34. — (Vgl. auch die, Note 1. angef. Fälle.)

18) S. z. B. L. 9. pr. D. *h. t.* L. 1. §. 47. D. *de vi* XLIII, 16.

§. 164.

2) Restitution wegen Dolus *).

Auch die durch Dolus bewirkten Handlungen sind entweder absolut nichtig [1]), oder es hängt von dem Willen des Betrogenen ab, ob er sie gelten lassen oder anfechten will [2]), und im letzteren Falle kann auch hier die Rescission entweder durch die ordentlichen Rechtsmittel bewirkt werden (so bei den bon. fid. contr.) [3]), oder durch prätorische Restitution. Diese verschafft entweder geradezu das verlorne Recht wieder [4]), oder sie gewährt eine unmittelbare Rechtshilfe durch actio oder exceptio doli [5]). 1) Die de dolo actio, welche nicht in rem scripta ist [6]), aber arbitraria und infamirend [7]), und dem Betrogenen [8]) so wie dessen Erben zusteht [9]), ist darauf gerichtet, daß der Verklagte die abgetrogene Sache mit allen Accessionen herausgebe, sofern dies aber nicht geschieht, oder nach der Natur des Verhältnisses eine eigentliche Restitution nicht geschehen kann, zur Leistung des erweislichen oder durch den Würderungseid festzustellenden Interesses verurtheilt werde [10]). Mehrere Theilnehmer an der dolosen Handlung haften solidarisch, die von Einem erfolgte Leistung aber befreit die Uebrigen [11]). Die Klage geht nicht wider die Erben oder andere Nachfolger des Betrügenden; dagegen wegen dessen, was auf sie, oder auf den Betrüger selbst, aus der betrüglichen Handlung gekommen, oder von ihnen geflissentlich (um sich

der Klage zu entziehen) nicht erworben ist, wird eine in factum actio als perpetua actio gegeben [13]). Uebrigens soll die de dolo a. nach K. Constantins Bestimmung innerhalb zweier Jahre, vom Zeitpunct der dolosen Handlung an, angestellt und durchgesetzt werden [14]). Auch steht sie weder den Kindern und Freigelassenen wider Eltern und Patrone, noch Personen von verächtlicher Lebensart und diesen gleich gestellten wider diejenigen zu, die nicht an gleicher Verächtlichkeit leiden [15]). Endlich ist sie so subsidiär, daß sie auch alsdann nicht einmal Statt findet, wenn eine directe Restitution möglich ist, z. B. wenn man durch des Gegners Dolus zu Prozeßversäumnissen veranlaßt wurde [16]). Die de dolo actio nun zeigt sich in folgenden Fällen anwendbar: 1) bei den str. jur. contractus, denen nicht die doli clausula hinzugefügt war [17]); 2) in allen Fällen, wo der Betrug nicht bei Gelegenheit eines Contracts, oder doch nicht von dem Mitcontrahenten verübt ist [18]); 3) als Schadensklage in Beziehung auf einen absolut nichtigen Contract [19]); 4) wegen durch Dolus verlornen Forderungsrechts [20]); 5) so oft ein anderes Forderungsrecht seine Wirksamkeit verliert, z. B. wegen des Gegners Insolvenz, oder weil man dieselbe nicht durchgesetzt hat, aber Jemand da ist, aus dessen Dolus geklagt werden kann [21]). II) Die doli exceptio [22]) ist noch umfassender, wie die actio doli [23]). Es läßt sich nämlich ein allgemeiner und ein besonderer Begriff von doli exceptio unterscheiden [24]). Jener umfaßt alle auf Billigkeit gegründete Exceptionen — facti exceptiones [25]); die Neueren bezeichnen ihn durch exceptio doli generalis [25]). Bei dem zweiten Begriff wird dolus in seinem eigentlichen Sinne genommen, und hierauf war das Edict ursprünglich allein gerichtet [27]), nach dessen Fassung die doli exceptio auch nur activ in rem, passiv dagegen in personam geht [28]). Indessen kommen davon nicht nur bestimmte Ausnahmen vor [29]), sondern auf cedirte Forderungsrechte konnte diese Beschränkung schon um deswillen nicht gehen, weil hierbei fortdauernd der Cedent als Gläubiger gedacht werden muß, wenn er gleich die Forderung nicht mehr geltend machen darf [30]).

*) Dig. (IV, 3.) u. Cod. (II, 21.) *de dolo malo.* — S. auch §. 94. u. Schneider die allgemein subsidiären Klagen Th. II. Cap. 2.

1) L. 16. §. 1. D. *de minor.* L. 3. §. 3. D. *pro soc.* XVII, 2. „Societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso jure nullius momenti est: quia fides bona contraria est fraudi et dolo." — L. 4. D. *de serv. export.* XVIII, 7. — §. 2. I. *de inutil. stipul.* L. 137. §. 6. D. *de V. O.* XLV, 1. L. 7. §. 1. D. *qui et a quib. manum.* XL, 9. — Vgl. §. 163. Note 1.

2) L. 13. §. 27. D. *de a. e. v.* XIX, 1. „Si quis colludente procuratore meo ab eo emerit, an possit agere ex emto? Et puto hactenus, ut aut stetur emtioni, aut discedatur." *Schulting* enarr. part. primae Dig. h. t. §. 7. 8. *Noodt* de forma emend. doli mali c. 15. — Vgl. die folg. Note, auch unten Bd. II. §. 337.

3) L. 152. §. 3. D. *de reg. jur.* — L. 7. §. 3. L. 9. pr. D. *h. t.* L. 11. §. 5. D. *de a. e. v.* XIX, 1. L. 5. C. *de resc. vend.* IV, 44. L. 10. C. *eod.* („Dolus emtoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur. Quem si fuerit intercessisse probatum, non adversus eum, in quem emtor dominium transtulit, rei vindicatio venditori, sed contra illum, cum quo contraxerat, in integrum restitutio [s. *Schulting* zu diesem Titel §. 6. a. E.] competit.") L. 2. C. *de a. e. v.* IV, 49. — Vgl. *Noodt* de forma emendandi doli mali c. 7—12. — *L. J. Neustetel* comm. bonae fidei negotia dolo inita non esse nulla (Heid. 1818. 8.) insbesondere c. IV—IX. — Burchardi a. a. O. §. 18. S. 324 fgg. S. auch noch §. 5. I. *de emt. vend.* L. 4. 22. 23. 62. §. 1. L. 70. D. *de contr. emt.* XVIII, 1. — §. 2. I. *de inutil. stipul.* L. 137. §. 6. D. *de V. O.* und hierüber *Neustetel* l. l. c. II.

4) L. 1. L. 7. §. 1. D. *de in int. rest.* — Vgl. auch L. 33. D. *de re jud.* XLII, 1.

5) L. 1. §. 1. in f. D. *h. t.* Vgl. *Cic.* de off. III, 14. u. de nat. deor. III, 30. „everriculum malitiarum omnium, *judicium* de dolo malo, quod C. Aquillius protulit." — *Noodt* l. l. c. 5. *Domp. de Jonquières* c. 3. §. 9. u. 27. — Schilling Bemerkk. über Rechtsgeschichte S. 352—355. Hänel im Archiv. f. civilist. Pr. Bd. XII. S. 409 fgg. Burchardi §. 18. S. 307 fgg. Nr. III. Schneider a. a. O. S. 308.

6) L. 15. §. 3. D. *h. t.* „In hac actione designari oportet, cujus dolo factum sit, quamvis in metu non sit necesse."

7) L. 1. §. 4. D. *h. t.* Vgl. §. 142. Nr. 4.

8) Ueber die Größe der Läsion s. L. 9. in f. L. 10. D. *h. t.*

9) L. 13. pr. D. *h. t.*

10) L. 18. pr. D. *h. t.* — §. 1. *eod.* „Non tamen semper in hoc judicio arbitrium [*al.* arbitrio] judicis dandum est: quid enim, si manifestum sit, restitui non posse? veluti si servus dolo malo traditus defunctus sit, ideoque protinus condemnari debeat in id, quod intersit actoris." — §. 4. *eod.* (Si) „dolo cujus effectum est, ut lis temporibus legitimis transactis pereat, Trebatius ait, de dolo dandum judicium, non ut arbitrio judicis res restituatur, sed ut tantum actor consequatur, quanti ejus interfuerit, id non esse factum."

11) L. 17. pr. D. *h. t.*

12) L. 17. §. 1. L. 26. 27. 28. D. *h. t.*

13) L. 15. §. 2. D. *h. t.*

14) L. ult. C. *h. t.* Vgl. L. 3. *eod.* — *Domp. de Jonquières* c. 3. §. 32. *Glück* D. de vita pet. rest. c. III. §. 30. l. l. p. 29 sqq.

15) L. 11. §. 1. L. 12. D. *h. t.* „Quid ergo est? in horum persona dicendum est, in factum verbis temperandum actionem dandam, ut bonae fidei mentio fiat, ne ex dolo suo lucrentur." L. 13. pr. *eod.* — Vgl. L. 15. §. 1. *eod.*

16) L. 1. §. 4. u. 6. D. *h. t.* „Pomponius refert, Labeonem existimare, etiam si quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere." — Schneider a. a. O. S. 328—333. — Vgl. L. 7. D. *de in int. rest.* („si citatus non respondit — non sua culpa — restitui potest — *maxime si fraus ab adversario intervenerit:* cum [quamvi] etiam de dolo malo actio competere soleat, et boni Praetoris est potius, restituere litem, ut et ratio et aequitas postulabit, quam actionem famosam constituere.") Es steht also nicht entgegen die L. 18. §. 4. D. *h. t.* (s. Note 10.). — S. auch L. 1. §. 8. L. 2—5. L. 7. §. 1—5. L. 25. L. 38. D. *h. t.* — Uebrigens s. L. 9. §. 2. D. *h. t.* L. 14. §. 13. D. *quod met. c.* „Eum, qui metum fecit, et de dolo teneri, — et consumi alteram actionem per alteram"; *Pauli* rec. sent. I. §. 2. — Vgl. *Schulting* l. l. §. 9. *Domp. de Jonquières* Tit. 2. §. 33. u. Schneider S. 333 fgg. Nr. I. — Man hat auch wohl behauptet, daß die de dolo a. mit anderen infamirenden Klagen electiv concurrire; so *A. Faber* Rational. in Pand. ad L. 1. §. 4. D. *h. t.* u. *Domp. de Jonquières* Tit. 13. §. 15. Dafür beruft man sich besonders auf die L. 1. C. *h. t.* Indessen steht dieser Meinung nicht nur die L. 7. §. 9. D. *h. t.* entgegen, sondern es wird die L. 1. C. cit. auch durch Berücksichtigung der L. 59. §. 1. D. *mandati* befriedigend erklärt. S. *Cujac.* obs. III, 37. *Schulting* l. l. §. 9. Hasse in der Zeitschr. für gesch. R. W. Bd. III. S. 69. — Vgl. noch Schneider a. a. O. S. 361 fgg.

17) L. 7. §. 3. in f. L. 19. D. *h. t.* — Vgl. *Huschke* de action. formul. quae in L. Rubria exstant comm. p. 30.

18) L. 7. §. 6. 9. L. 8. L. 9. §. 1—4. L. 20. §. 1. L. 23. 24. 31. 32. 33. 35. 40. D. *h. t.* L. 7. C. *eod.* — L. 7. §. 8. L. 18. §. 3. L. 20. pr. D. *h. t.*

19) L. 1. §. 5. D. *h. t.*

20) L. 1. §. 6. 7. L. 38. D. *h. t.*

21) L. 2. C. *h. t.* — Vgl. die oben — Note 5. — angeführte Stelle Cicero's.

22) Dig. (XLIV, 4.) *de doli mali et met. exc.* — §. 1. I. *de except.* L. 5. C. *de inutil. stipul.* VIII, 39. — Ueber ihren Ursprung vgl. Burchardi S. 296 fgg. Nr. I. Schneider S. 308—328.

23) *Gaji* inst. IV. §. 119. „si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit, *neque fiat.*" Vgl. Hänel a. a. O. S. 419 fgg. Burchardi S. 292 fgg. — S. auch unten, Note 25.

24) L. 36. D. *de V. O.* XLV, 1. S. auch die beiden folg. Noten.

25) L. 2. §. 5. D. *h. t.* (XLIV, 4.) L. 177. §. 1. D. *de reg. jur.*

26) S. oben §. 94. Note 5. und Hänel a. a. O. S. 420—429.

27) L. 2. pr. D. *de doli mali exc.* — Schneider S. 310. A. M. scheint Burchardi a. a. O. zu seyn.

28) L. 2. §. 1. 2. D. *de doli m. exc.*

29) Vgl. L. 4. §. 23—31. D. *de d. m. exc.*

30) Arg. L. 4. §. 17. 18. D. *de exc. d. m.* — S. überhaupt über diese Frage Francke im Arch. f. civ. Pr. Bd. XVI. Nr. XV., womit aber jetzt zu vgl. ist meine Cession der Forderungsr. §. 60. d. 3. A.

§. 165.

3) Restitution wegen Irrthums *).

Irrthum bewirkt in der Regel entweder absolute Nullität, oder er bleibt ganz unberücksichtigt, oder es werden durch die ordentlichen Rechtsmittel Nachtheile von dem Irrenden entfernt [1]). Nur für besondere Fälle bedurfte es daher der prätorischen Restitution wegen Irrthums, und diese wurden meistens durch eigene Edicte bestimmt [2]), obgleich auch für die nicht bestimmten Fälle aus dem Grunde eines entschuldbaren Irrthums Restitution ertheilt wurde, wenn die ordentlichen Rechtsmittel nicht ausreichten und der Irrthum überhaupt nach der Natur des Rechtsverhältnisses als ein zu berücksichtigender erschien [3]). Auch die Fälle, für welche der Unterschied zwischen juris und facti ignorantia in Betracht kommt, lassen sich sehr füglich unter den Gesichtspunct einer Restitution wegen Irrthums stellen [4]), und es ist nicht unwahrscheinlich, daß in Beziehung auf die privilegirten Personen hierüber ein eignes Edict erlassen worden sei [5]).

*) *Biener* Diss. cit. c. VIII. p. 40 sqq. *Domp. de Jonquières* l. l. p. 360—373. W. Francke Beiträge z. Erläuterung einzelner Rechtsmaterien I. (Gött. 1828.) Nr. III. §. 4. 5. (S. 84 — 94.). Burchardi §. 12. S. 184 fgg. Nr. E. u. §. 21.

1) L. 57. D. *de O. et A.* XLIV, 7. L. 18. D. *de R. C.* XII, 1. L. 4. §. 1. D. *de a. e. v.* XIX, 1. — Vgl. oben §. 95., auch Bd. II. §. 338.

2) a) L. 1. §. 5. D. *de edendo* II, 13. L. 3. Th. C. *de integri rest.* II, 16. — b) Dig. (XXVII, 6.) *quod falso tut. auct. gest. esse dic.* — Keller über Litiscontestation und Urtheil §. 68. S. 573 — 578. Francke a. a. O. S. 88 fg.

3) S. z. B. §. 33. I. *de act.* L. 11. §. 8—10. D. *de int. in jure fac.* XI, 1. L. 1. §. 17. D. *de separationib.* XLII, 6. L. 15. §. 5. D. *quod vi aut clam* XLIII, 24. L. 11. pr. D. *de exc. rei jud.* XLIV, 2. — Uebrigens vgl. Klien Arch. f. civ. Pr. I. S. 211.

4) S. oben §. 96. u. v. Löhr Magaz. für R. W. und Gesetzgebung IV. S. 53.

5) Von den in den Titeln de jur. et facti ignor. aufgenommenen Stellen deutet zwar keine darauf hin (denn die aus Paulus Lib. 44. ad ed. excerpirte Stelle enthält offenbar nur eine beiläufige Erörterung), wohl aber darf man sich dafür auf L. 1. §. 5. D. *de edendo* und auf L. 3. Th. C. *de in int. rest.* beziehen.

§. 166.

4) Restitution wegen Abwesenheit und aus der Generalclausel *).

A) Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Abwesenheit, worauf sich wohl das älteste Restitutions-Edict bezog [1]), setzt voraus, daß der zu Restituirende durch — eigne oder fremde — Abwesenheit verhindert ist, sein Recht geltend zu machen oder zu vertheidigen, und dadurch dasselbe nach der Strenge des Rechts verloren hat [2]). Sie erfolgte direct, indem entweder ein rescissorisches Rechtsmittel wider eine bestimmte Person gegeben wurde, oder auch das Restitutions-Decret ohne Weiteres ein Recht für unverloren erklärte [3]). I) Wegen eigner Abwesenheit nun werden restituirt: **1**) die ex necessaria causa Abwesenden, gleichviel ob der Grund an sich rühmlich, oder indifferent ist, und zwar nicht blos gegen wirklichen Verlust, sondern auch gegen nicht gemachten Erwerb [4]). Selbst die aus einer tadelnswerthen Ursache Abwesenden werden restituirt, sobald sie durch imputable Nachlässigkeit es versäumt haben, einen Stellvertreter für ihre Angelegenheiten zu bestellen [5]). Auch **2**) den aus einem lobenswerthen Grunde freiwillig Abwesenden kommt diese Restitution zu Statten, jedoch nur alsdann, wenn sie wirklich einen Stellvertreter zurückließen, dieser aber ohne des Prinzipals Zuthun oder Wissen wieder weggefallen ist [6]). Ferner gehört **3**) hieher die Restitution wegen fingirter Abwesenheit [7]). II) Die Abwesenheit des Gegners ist allemal ein giltiger Restitutionsgrund, sobald dadurch der Rechtsverlust sich wirklich ereignet hat, auch der Abwesende durch Niemanden vertreten wurde [8]). B) Was die Restitution aus der Generalclausel anbetrifft, so ist zwar behauptet, daß diese nichts sei, als die Restitution wegen Abwesenheit, bezogen nämlich auf die im Edict nicht speziell ausgedrückten Fälle [9]). Dagegen streiten aber a) die allgemeine Fassung der clausula generalis [10]), und b) einzelne Beispiele von Restitutionen, die sich unter keinen der genannten Gründe subsumiren lassen [11]). So läßt sich also die Regel wohl rechtfertigen: daß man gegen Rechtsverluste, die ihren Grund in einem nicht verschuldeten Hinderniß einer

Geltendmachung oder Ausübung des Rechts haben, restituirt werde, so oft nicht etwa besondere Einschränkungen nachgewiesen werden können [12]).

*) Dig. (IV, 6.) und Cod. (II, 54.) *ex quib. causis majores viginti quinque annis in integr. restituuntur.* — *Domp. de Jonquières* l. l. Tit. VI. p. 374 sqq. Francke a. a. O. §. 2. 3. Burchardi §. 12.

1) S. Burchardi a. a. O. S. 153 fgg. v. Schröter a. a. O. S. 98 fgg. — Ueber den Begriff der Abwesenheit s. oben §. 88. u. Francke a. a. O. S. 73—76.

2) L. 1. §. 1. D. *h. t.* Francke a. a. O. S. 71. 72.

3) L. 7. D. *de in int. rest.* — §. 5. I. *de act.* L. 28. §. 5. 6. D. *h. t.* — L. 17. pr. u. §. 1. D. L. 41. 43. D. *h. t.* *Schulting* ad eund. tit. §. 9. — L. 5. C. *h. t.* — Vgl. L. 31. D. *eod.*

4) L. 1. §. 1. L. 4. L. 26. §. 9. L. 29. L. 39. D. *h. t.* (S. Glück Pand. VI. S. 33. Note 28. Burchardi S. 168 fgg.). L. 8. D. *de in int. rest.* L. 1. C. *h. t.* [Vgl. Cod. (II. 51.) *de restit. milit. et eor. qui reip. causa absunt*, und (II, 52.) *de uxor. milit. et eor. qui reip. causa absunt.*] L. 2. §. 1. L. 3. D. *h. t.* — L. 14. 15. D. *h. t.* — L. 27. D. *eod.*

5) L. 26. §. 1. L. 40. §. 1. D. *h. t.*

6) L. 28. pr. D. *h. t.* — Vgl. L. 16. *eod.*

7) L. 7. 9. 10. 12. 22. §. 2. L. 23. §. 2. L. 40. pr. D. *h. t.* L. 2. C. *eod.*

8) L. 21. 22. 23. pr. §. 1. 3. L. 26. §. 1. L. ult. D. *h. t.* — Burchardi S. 175 fgg. Nr. II.

9) L. 26. §. 1. u. 9. L. 33. pr. D. *h. t.* — S. *Domp. de Jonquières* l. l. §. 3. 11. u. 31. Daß sich die Generalclausel an die restit. absentium anschloß, ist übrigens eben so entschieden, als daß sie nur auf Hinderntsse der Rechtsausübung, nicht aber auch auf Wiedereinsetzung gegen nachtheilige Handlungen zu beziehen sei. S. Burchardi §. 125. daselbst besonders S. 191—201.

10) L. 1. §. 1. in f. D. *h. t.* („Item si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam, quod ejus per leges, plebiscita, Senatusconsulta, edicta, decreta principium licebit.") — Vgl. L. 26. §. 9. D. *h. t.* („multi enim casus evenire potuerunt, qui deferrent restitutionis auxilium, nec singulatim enumerari potuerunt, *ut quoties aequitas restitutionem suggerit, ad hanc clausulam erit descendendum*") u. L. 7. D. *de in int. rest.* („Etsi nihil facile mutandum est ex solemnibus, tamen, ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est.")

11) Z. B. L. 24. 25. 26. pr. u. §. 4. D. *h. t.* — L. 1. §. 9. D. *de itinere actuque priv.* XLIII, 19. — L. 34. §. 1. L. 35. D. *de S. P. R.* VIII, 3. — Burchardi S. 183 fgg.

12) L. 16. D. *h. t.* Vgl. Glück Pand. Bd. VI. §. 471. 472. Francke a. a. O. S. 76—84. und besonders Burchardi a. a. O. (S. 191—201.).

Fünftes Capitel.

Von der Concurrenz und dem Conflict der Rechte.

§. 167.

Begriffsbestimmung.

Eine Concurrenz von Rechten ist vorhanden, wenn mehrere zusammentreffende Rechte ohne Widerspruch neben einander ausgeübt werden können. Sie ist eine subjective, wenn mehrere Personen bei dem nämlichen Rechtsobject concurriren, eine objective, wenn mehrere Rechte derselben Person zustehen [1]). Können die zusammentreffenden Rechte nicht neben einander bestehen oder ausgeübt werden, so zeigt sich ein Conflict der Rechte. Auch dieser ist entweder ein subjectiver, oder ein objectiver, je nachdem die widerstreitenden Rechte verschiedenen Personen, oder demselben Rechtssubject zustehen [2]). Gewissermaßen aus Concurrenz und Conflict gemischt ist das Zusammentreffen mehrerer Gläubiger in Beziehung auf das Vermögen eines insolventen Schuldners. — Die Lehre vom objectiven Concurs oder Conflict der Rechte nun ist hier zu übergehen, da hievon zum Theil schon die Rede gewesen ist [3]), zum Theil aber erst bei den besonderen Lehren gehandelt werden kann [4]). Es bleiben hier also nur die allgemeinen Regeln über die subjective Concurrenz (oder die Communion) und über den subjectiven Conflict zu erörtern übrig, wonächst alsdann eine übersichtliche Darstellung des Verfahrens beim Concurse der Gläubiger folgen wird.

1) *Brissonius* de V. S. v. *concurrere*.
2) Z. B. L. 7. D. *de lege commiss.* XVIII, 3. L. 12. pr. D. *de leg.* I. S. auch §. 118. Note 4.
3) §. 140.
4) Hufeland über Veränd. d. Rechte durch das Zusammenkommen mehrerer R. u. Verb. (eigenthümlicher Geist d. R. R. Bd. II. Nr. VII.) I. S. 3—15. — Vgl. auch unten Bd. II. §. 323.

§. 168.

I. Von der rechtlichen Communion (im weiteren Sinne).

Eine Gemeinschaft von Rechten kann sehr verschiedenartig seyn. Im Ganzen lassen sich vier Arten unterscheiden:

1) Die Rechtssubjecte bilden eine juristische Person, so daß das Recht selbst überhaupt nicht den einzelnen Personen, sondern der Gesammtheit als solcher gehört [1]), wenngleich die Gebrauchsrechte einzelnen Mitgliedern zu bestimmten Theilen zustehen können [2]). 2) Mehrere stehen in einer Communion im engeren Sinne, d. h. Jeder hat einen arithmetisch bestimmten Theil (pars pro indiviso oder s. g. pars quota) an dem Rechtsobject [3]), mag die Communion ohne Contract entstanden (s. g. communio incidens), oder eine durch Contract begründete seyn — societas im engeren Sinne [4]). Hierbei steht jedem Interessenten das Recht zu, seinen Antheil an dem Object — nicht das contractliche Societätsrecht selbst — zu veräußern [5]); Handlungen, die sich auf das Ganze beziehen, erfordern in der Regel die Zustimmung der übrigen Theilhaber [6]), wie denn auch eine das Object betreffende Prozeßführung einzelner Interessenten in der Regel den Uebrigen weder zu Statten kommt, noch ihnen nachtheilig werden kann [7]). 3) Es kann auch Mehreren ein Recht in solidum zustehen [8]), und zwar entweder so, daß wirklich ein Jeder das Recht vollständig ausübt, sofern das Rechtsobject einen solchen Gebrauch gestattet [9]), oder so, daß derjenige, welcher zuerst einen Gebrauch von dem Rechte macht, die Uebrigen ausschließt; hiermit ist denn auch der Begriff einer solidarischen Verbindlichkeit verwandt [10]). 4) Der Wirkung nach verwandt mit der ersten Art der solidarischen Communion, dem Grunde nach aber mit der Communion im engeren Sinne (s. Nr. 2.) zusammenhängend ist die Gemeinschaft untheilbarer Rechte [11]), wobei das Nutzungsrecht von Jedem so vollständig ausgeübt wird, als der Gegenstand es gestattet, die Klagerechte aber in solidum geltend gemacht werden [12]).

1) L. 6. §. 1. D. *de div. rer.* I, 8. L. 7. §. 1. D. *quod cujusq. univ. nomine* III, 4. L. 1. §. 7. in f. D. *de quaestionib.* XLVIII, 18.

2) L. 1. D. *de loc. et itinerib. publ.* XLIII, 7. L. 2. §. 2. D. *ne quid in loco publ. fiat* XLIII, 8. — Vgl. auch die Note 9.

3) L. 5. D. *de stipul. serv.* XLV, 3. — Vgl. L. 8. D. *de R. V.* VI, 1. — S. unten Bd. 2. §. 224.

4) L. 31. D. *pro soc.* XVII, 2.

5) L. 3. C. *de commun. rer. alienat.* IV, 52. L. 13. §. 17. D. *de a. e. v.* XIX, 1. — Vgl. L. 31. init. D. *pro soc.*

6) L. 28. D. *comm. div.* X, 3. („in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat.") L. 1. C. *de comm. rer. alienat.* (Vgl. *Pufendorf* observ. jur. univ. T. I. obs. 125. Struben rechtliche Bed. Bd. V. Nr. 30. A. M. ist *C. F. Hommel* rhapsod. quaest. obs. 187.) — S. indessen L. 12. D. *comm. div.* L. 52. §. 13. D. *pro soc.* L. 4. C. *de aedif. privat.* VIII, 10. — L. 13. §. 1. D. *de S. P. U.* VIII, 2. — L. 2. C. *de commun. rer. alien.*

7) L. 5. §. 6. D. *de O. N. N.* XXXIX, 1. L. 9. pr. D. *de lib. causa* XL, 12. L. un. C. *si in communi eademque causa in int. rest. postuletur* II, 26. — Vgl. L. 5. pr. D. *de appell.* XLIX, 1. — L. 2. C. *de consortib. ejusd. lit.* III, 40. — L. 2. C. *si unus ex plurib. appellaverit* VII, 68. — C. Martin v. der rechtl. Nat. d. Streitgenossenschaft (Magaz. f. den gem. t. bürgerl. Proz., herausgeg. von Martin u. Walch St. I. II. Nr. I. VI.) §. 3. 8.

8) Vgl. Hugo civilist. Magaz. IV. S. 250 fgg.

9) L. 5. §. 15. D. *commod.* XIII, 6. („Usum balnei, vel porticus, vel campi, uniuscujusque in solidum esse, *neque enim minus me uti, quod et alius uteretur.*" S. Hasse Revision d. Theorie v. d. ehel. Güter-Gemeinschaft §. 10. S. 17.) — L. 30. in f. D. *fam. ercisc.* X, 2. „religiosa loca in judicium non deduci, eorumque jus singulis heredibus in solidum competere."

10) L. 2. D. *de duob. reis constit.* XLV, 2. L. 192. D. *de reg. jur.*

11) L. 34. D. *de S. P. R.* VIII, 3. — Vgl. unten Bd. 2. §. 279. Nr. 6.

12) L. 17. D. *de servit.* VIII, 1. L. 4. §. 3. 4. L. 6. §. 4. D. *si serv. vind.* VIII, 5.

§. 169.

II. Von subjectiver Collision der Rechte *).

Bei einem Collisions-Streit ist vor allen Dingen festzustellen: ob in der That ein wirklicher Conflict von Rechten vorhanden sei, oder nur ein scheinbarer [1])? Ist jenes aber zu bejahen, so ist weiter zu untersuchen: ob etwa das positive Recht sich ausdrücklich für den Vorzug des einen Rechts vor dem anderen entschieden habe [2])? Wenn dies nicht der Fall ist, so hängt die Entscheidung von folgenden Grundsätzen ab: **1**) es geht Der vor, welcher sich im Besitz befindet, wobei dieser Ausdruck im w. S. genommen und bald auf die erfolgte Leistung an sich, bald auf körperlichen Besitz, bald auf die erfolgte Consumtion, bald endlich auf Durchsetzung einer Klage gegen den gemeinschaftlichen Schuldner bezogen wird — melior est conditio accipientis, possidentis, consumentis, occupantis — [3]); doch darf Niemand sich mit dem Schaden eines Anderen bereichern [3a]). **2**) Das speziellere Recht geht dem allgemeineren vor [4]). **3**) In der Regel auch das früher

begründete dem späteren, — prior tempore potior jure[5]). 4) Im Zweifel gehen Diejenigen, welche nur das Ihrige sich zu erhalten suchen, Denen vor, die gewinnen wollen[6]) 5) Bisweilen kommt es zur Entscheidung durch das Loos[7]), insonderheit alsdann, wenn schlechterdings das eine Recht ausgeübt werden muß[8]). Läßt sich die Sache durch Anwendung dieser Regeln nicht aufs Reine bringen, so tritt eine Concurrenz pro rata ein[9]); ist aber eine Theilung des Objects nicht möglich, kann Keiner sein Recht ausüben[10]).

*) *Sam. Stryk* D. de jure privilegiati contra privilegiatum. Frcf. 1684. J. H. C. Lüders nähere Betr. der Lehre von der Concurrenz mehrerer Privilegien (in Koppe niedersächs. Archiv f. Jurisprud. Bd. II. Nr. 34. S. 485 fgg.). Thibaut Vers. Bd. II. Nr. XIV. Hufeland a. a. O. Nr. II—VI. S. 16—54. Fritz Erläuter. zu Wening I. S. 58—69.

1) S. Thibaut S. 286—288. (d. 1. A.)

2) Vgl. §. 115. Note 8. L. 24. 25. C. *ad SCt. Vellej.* IV, 29. — L. 11. §. 7. L. 12. D. *de min.* IV, 4. L. 3. §. 2. D. *ad SCt. Maced.* XIV, 6. — L. 5—7. D. *qui pot. in pign.* XX, 4. L. 26. L. 34. D. *de reb. auct. jud. possid.* XLII, 5. rel.

3) L. 11. §. 6. L. 34. pr. D. *de min.* L. 8. D. *de cond. ob turp. caus.* XII, 5. — Bisweilen wird das occupare auch überhaupt auf ein Zuvorkommen bezogen. — L. 32. D. *de proc.* III, 3. (Vgl. L. 7. 13. 30. D. *de jud.* V, 1. und Thibaut a. a. O. S. 299.); bei der Collision zwischen mehreren Gläubigern desselben Schuldners hat es die obige Bedeutung: L. 14. pr. D. *de noxal. act.* IX, 4. („verius est, occupantis meliorem esse conditionem. Ei itaque dedetur, *non qui prior egerit, sed qui prior ad sententiam pervenit:* et ideo ei, qui postea vicit, actionem denegari judicati.") L. 3. D. *quod cum eo, qui in aliena pot. est* XIV, 5. L. 10. D. *de pecul.* XV, 1. („Occupare autem videtur, non qui prior litem contestatus est, sed qui prior ad sententiam judicis pervenit.") L. 4. D. *de in rem verso* XV, 3. L. 19. D. *de re jud.* XLII, 1.

3a) L. 34. pr. D. *de minorib.* — Vgl. auch die Note 6.

4) L. 80. D. *de reg. jur.* — L. 41. §. 3. L. 99. §. 5. D. *de leg.* III. — c. I. X. *de rescr.* I, 3.

5) c. 54. *de reg. jur.* in 6. V, 12. („Qui prior est tempore, potior est jure.") L. 98. D. *de reg. jur.* — L. 9. §. 4. D. *de Publ. in rem act.* — L. 26. D. *loc.* XIX, 2. L. 8. C. *qui pot. in pign.* VIII, 18. (Vgl. L. 16. §. 8. D. *de pign.* XX, 1.) — c. 22. X. *de sponsalib.* IV, 1. c. 1. pr. in 6. *eod.* IV, 1. — S. übr. L. 32. D. *de reb. auct. jud. possid.* XLII, 5.

6) L. 41. §. 1. D. *de reg. jur.* — L. 34. pr. D. *de min.* L. 14. §. 1. in f. D. *de relig.* XI, 7. L. 22. §. 5. C. *de jure delib.* VI, 30. L. 8. §. 2. C. *de codicill.* VI, 36. — Vgl. übr. Fritz a. a. O. S. 62 fg.

7) L. 5. D. *fam. ercisc.* X, 2. L. 24. §. 17. D. *de fideic. lib.* XL, 5. §. 23. I. *de leg.* L. 3. pr. C. *comm. de leg.* VI, 43. — K. G. Neundorf verm. Abh. üb. Gegenstände d. Gesetzgeb. u. Rechtsgel. (Ulm 1805.) Nr. II. S. 17—49.

8) L. 14. D. *de jud.* Thibaut S. 302.

9) L. 8. D. *de legit. tutor.* XXVI, 4. — L. 7. pr. *qui pot. in pign.* XX, 4. — L. 33. D. *de leg.* I. Thibaut S. 299. 300.

10) L. 42. 43. D. *de hered. inst.* XXVIII, 5. — L. 36. D. *de dolo malo* IV, 3. L. 57. in f. D. *de contr. emt.* XVIII, 1. L. 12. D. *de donat.* XXXIX, 5.

§. 170.

III. Vom Concurs der Gläubiger *).

1) Eröffnung des Concurses.

Der Concurs wird eröffnet durch freiwillige Vermögens-Abtretung, cessio bonorum, — womit auch wohl das bereits in früherer Zeit vorkommende bonam copiam ejurare verwandt ist [1]) —, oder auf den Antrag der Gläubiger vermittelst einer missio in bona. I) Die freiwillige Vermögensabtretung [2]) gewährt dem Gemeinschuldner mehrere wichtige Vortheile: er ist der Personalexecution nicht unterworfen [3]), ist frei von der Infamie [4]), und kann, wenn er in der Folge wieder Vermögen erwirbt, der früheren Schulden halber nur in quantum facere potest verurtheilt werden [5]); darum wird denn nur der durch Unglücksfälle verarmte Schuldner zu diesem *miserabile cessionis auxilium* [6]) zugelassen [7]). II) Aus einer höchst unklaren Verordnung Justinians leitet man auch wohl ein s. g. ejurationis beneficium her, dessen Bedingungen nicht genau bestimmt werden, dessen wesentliche Wirkung aber in dem Anspruch auf die s. g. Competenz bestehen soll [8]). III) Fehlt es an den Erfordernissen des beneficium cessionis, oder hält der Schuldner sich verborgen, oder ist auch ganz abwesend, ohne von Jemandem vertreten zu werden, so können seine chirographischen Gläubiger [9]) eine missio in bona erhalten [10]).

*) C. C. Dabelow ausführl. Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger. Halle 1801. 4. — Gönner vom Concurse d. Gläubiger (Handb. d. Proz. IV. S. 482—610. A. II.). — A. Schweppe das System des Concurses der Gläubiger. Kiel 1812. — die 3te Ausg. Gött. 1829.

1) S. *Varro* de lingua lat. Lib. VI. (in *Gothofr.* auctt. lat. ling. p. 58.). — *Cicero* ep. ad div. IX, 16. — Vgl. Zimmern röm. Prozeß §. 78. Note 10.

2) Dig. (XLII, 3.) *de cessione bonor.* u. Cod. (VII, 71.) *qui bonis cedere possunt.* — *Stieber* de bon. emt. ap. vet. Romanos §. 17.

3) L. 1. C. *h. t.* — S. v. Savigny über das altröm. Schuldrecht (Berlin 1834. 4. S. 32 fgg.) Hollweg röm. Proz. §. 30. S. 326.

4) L. 11. C. *ex quib. c. infam. irrog.* II, 12.

5) L. 4. 6. 7. D. *h. t.* — Ueber die exceptio: *nisi bonis cesserit*, s. §. 4. I. *de replic.* L. 3. C. *de bon. auct. jud. possid.* VII, 72. L. 4. §. 1. D. *h. t.* — Zimmern a. a. O. §. 78. Nr. 3.

6) L. 7. 8. C. *h. t.*

7) L. 8. D. L. 5. C. *h. t.*

8) Nov. 135. pr.. in f. u. c. 1. — Vgl. über diese Stelle *Desid. Heraldi* de rerum judicatar. auctor. Lib. II. c. 25. §. 11 sqq. (in Otto thes. II. p. 1286 sq.). Dabelow Cap. V. S. 135 — 149., Zimmern §. 86. a. E. S. 274. Hollweg a. a. O. §. 31. S. 346.

9) Arg. L. 6. u. 10. pr. C. *de bon. auct. jud. possid.* VII, 72. — Vgl. Dabelow S. 273. 274. Zimmern a. a. O. §. 80. gegen d. E. und Hollweg §. 29. S. 312 fgg. §. 31. S. 344.

10) L. 2. 6. 7. D. *quib. ex caus. in possession. eatur* XLII, 4. — S. überh. *Stieber* l. l. §. 11—13. u. Hollweg §. 29 fgg.

§. 171.

2) Nächste Wirkung der Concurseröffnung.

Durch Mission oder Cession erhalten die Gläubiger im Wesentlichen gleiche Rechte; es entsteht unter ihnen eine gewisse Gemeinschaft, und die erfolgte Einweisung in das Vermögen kommt auch Denen zu Statten, welche sich noch binnen zwei oder vier Jahren melden (je nachdem sie praesentes oder absentes sind), sofern sie ihre Ansprüche verifiziren und die bereits eingetretenen Kosten zu ihrem Antheile erstatten [1]). Das Recht einer Universalsuccession gewährt ihnen weder die Mission, noch die freiwillige Abtretung [2]); auch erhalten sie zunächst nur eine den Besitz des Schuldners nicht ausschließende Detention zum Zweck der custodia, verbunden mit der Befugniß, nach einiger Zeit das Vermögen öffentlich zu verkaufen [3]). Die den Gläubigern besonders zu verstattende Verwaltung wird durch einen von den Gläubigern erwählten und dem Magistratus bestätigten Curator bonorum besorgt [4]), der Verkauf aber von einem besonders dazu erwählten Magister [5]). Ist eine längere Verwaltung erforderlich, so können die Immobilien unmittelbar von dem Curator administrirt, oder auch verpachtet werden. Die von dem Gemeinschuldner selbst darüber eingegangenen Pachtcontracte aber müssen die Gläubiger, wenigstens bis sie zum Verkaufe schreiten, anerkennen [6]).

Beim Verkaufe haben die Gläubiger und nach ihnen die nächsten Verwandten des Schuldners ein Vorrecht, unter den Gläubigern diejenigen, deren Forderung die größere ist[7]). Der Erlös wird prioritätsmäßig unter die Gläubiger vertheilt, der etwanige Ueberschuß aber dem Gemeinschuldner herausgegeben[8]).

1) L. 12. pr. D. *de reb. auct. jud. possid.* L. 10. pr. C. *de bon. auct. jud. poss.*

2) Vgl. *Kind* quaest. for. T. II. c. 5. Dabelow C. V. S. 129. 130. Meine Cession d. Ford. Rechte §. 18. Nr. 4. und mein Entwurf d. Civilprozesses §. 605.

3) *Cic.* or. pro Quinctio {c. 27. — L. 8. 9. C. *de bon. auct. jud. possid.*

4) Dig. (XLII, 7.) *de curatore bonis dando.* — L. 14. pr. D. *de reb. auct. jud. possid.*

5) *Gaji* inst. III. §. 77—81. IV. §. 35. 66. in f. §. 68. in f. §. 45. *Theophili* paraphr. Inst. III, 12. pr. — Nach dem neuesten Recht trat auch hierbei der Curator an die Stelle des Magister. S. darüber, so wie über die Verschiedenheit des Verkaufs selbst nach älterem und neuerem Rechte *Stieber* l. l. c. 3. u. §. 20. p. 61 sqq. Zimmern §. 79. Hollweg §. 29. S. 308 fgg. §. 31. S. 342 fg.

6) L. 8. §. 1. D. *de reb. auct. p.* — J. C. G. Karsten üb. d. Verhältnisse eines Pachtinteressenten zu den Concursgläubigern der andern Mitcontrahenten. Hamb. 1809. Schweppe a. a. O. §. 62. a. E. (d. 3. A.). — A. M. ist E. H. Bencard üb. d. Verhältn. d. Pachters zu den Gläubigern des insolventen Verpachters. Rost. 1813. 4.

7) L. 16. D. *de reb. auct.* etc. — Vgl. L. 60. D. *de pact.* II, 14. „Imp. Antoninus Avidio Cassio rescripsit: si creditores parati sint partem ex bonis, licet ab extraneo consequi, rationem habendam prius necessariarum personarum, si idoneae sint." Vgl. (Höpfner) Sammlung röm. Gesetze ꝛc. (Frkf. 1785.) S. 86.

8) L. 6. in f. L. 10. §. 1. C. *de bon. auct. jud. poss.*

§. 172.

3) Mittel, den Verkauf des Vermögens zu verhindern.

Auch nach erfolgter Vermögensabtretung oder Mission kann der Gemeinschuldner den wirklichen Verkauf verhüten, wenn er den Gläubigern Zahlung leistet, oder wenigstens hinreichende Sicherheit bestellt[1]). Ein Gleiches kann aber durch einen Indult (quinquennale spatium), so wie durch einen Nachlaß möglich gemacht werden. Der Indult wird zwar beim Kaiser nachgesucht, doch nur mit Zustimmung der Gläu-

biger ertheilt; der Beschluß derselben wird durch Stimmen-Mehrheit bewirkt, die Stimmen aber werden zunächst nach den Summen gezählt, und nur wenn diese gleich sind, entscheidet Personen-Mehrheit, wobei denn für hypothekarische Gläubiger kein besonderes Recht gilt [2]). Auf ähnliche Art werden Nachlaß-Verträge zu Stande gebracht, doch sind Pfandgläubiger hier an die Pluralität überall nicht gebunden [3]). Im Röm. Recht beziehen sich diese Bestimmungen über Nachlaßverträge nur auf verschuldete Erbmassen (Note 3.); die heutige Praxis aber wendet sie allgemein an [4]).

1) L. 3. L. 5. D. *de cess. bonor.* L. 33. §. 1. D. *de reb. auct. jud. possid.* L. 2. C. *qui bonis cedere poss.*

2) L. 8. C. *qui bon. cedere possunt.* Vgl. L. 4. C. *de precib. imp. offer.* I, 19. — *A. Faber* error. pragmat. Decad. 25. err. 3. Vgl. *J. H. Boehmer* D. de litteris respirationis (exercit. ad Pand. T. III. exerc. 46). Dabelow Cap. VI. S. 151 — 159. S. 501 — 506. Schweppe §. 13 — 18.

3) L. 7. §. 17. u. 19. L. 8. L. 9. L. 10. pr. D. *de pactis.* L. 58. §. 1. D. *mandati* XVII, 1. — S. *Ulr. Huber* Eunomia Romana ad L. 7. §. ult. u. L. 10. pr. D. *de pact.* p. 117 sqq.

4) *J. H. Boehmer* D. de pacto remissorio (exercit. ad Pand. T. V. exerc. 89.). Dabelow C. X. S. 283 — 296. C. XIX. S. 558 — 576. Schweppe §. 19 — 23. Hefftter im Archiv f. civilist. Pr. Bd. X. Nr. XV.

§. 173.

4) Classification der Gläubiger*).

Eine gewisse Gemeinschaft fand unläugbar auch schon nach Röm. Rechte zwischen hypothekarischen und persönlichen Gläubigern Statt [1]); doch konnten jene nicht genöthigt werden, sich in das Concursverfahren einzulassen, oder ein Prioritäts-Erkenntniß abzuwarten, ehe sie ihr Recht am Pfandobject geltend machten [2]). Also erst nach Befriedigung der dinglichen Gläubiger erhielten die übrigen ein freies Dispositionsrecht über das Vermögen, oder ein unbedingtes Recht, aus dem Erlös sich bezahlt zu machen. Im heutigen Recht werden von den eigentlichen Concursgläubigern nur ausgeschieden die Vindicanten und die diesen gleich gestellten s. g. Separatisten [3]), sodann die Massegläubiger [4]); alle Uebrigen, welche Forderungen an die insolvente Vermögens-Masse haben, müssen

diese nicht nur gehörig anmelden, sondern sich auch sonst vollständig in den Concurs einlassen; ja sogar hat die Praxis aus einigen persönlich privilegirten Gläubigern eine besondere, selbst den Pfandgläubigern vorgehende Classe gebildet, und dieser noch einige besondere Fälle hinzugefügt [5]). So sind denn die jetzt gemeinrechtlich üblichen fünf Classen entstanden; in den einzelnen Classen entscheidet entweder das bessere Privilegium, oder die Entstehungszeit des Rechts den Vorzug, oder die zu derselben Classe gehörigen Gläubiger concurriren pro rata. Zur ersten Classe (die absolut privilegirten Forderungen umfassend) gehören die Begräbnißkosten [6]), das s. g. Liedlohn, d. i. der rückständige Lohn für die im Lohn und Brod des Gemeinschuldners stehenden Individuen, ferner rückständige öffentliche Abgaben, endlich die Kosten der letzten Krankheit; von diesen gehen die Begräbnißkosten allen übrigen vor, diese aber concurriren pro rata [7]). Die zweite Classe bilden die privilegirten Pfandgläubiger, die dritte die gewöhnlichen Pfandgläubiger (s. darüber Bd. 2. §. 323.). In die vierte Classe kommen die privilegirten persönlichen Gläubiger (die Gläubiger mit einem privilegium exigendi), nämlich 1) der Fiscus, sofern er nicht ein besseres Recht hat [8]), oder umgekehrt ein schlechteres, was in Ansehung fiscalischer Strafgefälle der Fall ist [9]). 2) Städte [10]); und zwar geht dies Privilegium nebst dem des Fiscus den übrigen vor [11]). 3) Die Ehefrau und die Braut, bei Zurückforderung der Dos [12]). 4) Bevormundete Personen, welche den Vormund oder dessen Erben aus der Administration in Anspruch nehmen [13]) 5) Diejenigen, welche zur Wiederherstellung eines Gebäudes, oder zum Ankauf, Erbauung, Bewaffnung und sonstiger Ausrüstung eines Schiffs creditirt haben [14]). Die drei zuletzt genannten Privilegien concurriren pro rata [15]), und auf sie folgt erst 6) das Privilegium derer, welche bei Argentarien, Mensularien oder Nummularien Geld deponirt haben [16]). Diese Privilegien nun sind theils personae, theils causae privilegia [17]); auch erhalten dritte Personen, mit deren Gelde der privilegirte Gläubiger abgefunden ist, des Abgefundenen Stelle [18]). Zur fünften Classe endlich gehören alle übrigen Gläubiger, welche sämmtlich pro rata concurriren [19]). In allen Classen

aber werden rückständige Zinsen mit der Hauptschuld an derselben Stelle locirt[20]). Wenn übrigens ein postlocirter Gläubiger nicht gegen den unmittelbar ihm Vorgehenden, sondern gegen den noch besser Gestellten über die Priorität streitet und obsiegt, so schließt er dadurch doch die in der Mitte Stehenden noch nicht aus, diese behalten also unverrückt ihre frühere Stelle[21]).

*) Dabelow C. XXI. S. 592—643. Schweppe §. 67—80.

1) L. 8. C. *qui bon. ced. poss.* — Vgl. Dabelow S. 273. 274.

2) L. 6. L. 10. pr. C. *de bon. auct. jud. poss.* — Vgl. Gönner a. a. O. §. 2. — Hollweg a. a. O. S. 312 fg. u. S. 344.

3) L. 5. §. 15. 16. *de trib. act.* XIV, 4. (vgl. §. 175. Note 3.). L. 24. §. 2. in f. *de reb. auct. jud. possid.* (Note 16.). — S. noch Schweppe Concurs §. 44—46., auch unten Bd. 2. §. 323. zu Anf.

4) Schweppe §. 40—42. — Dabelow S. 649 fgg.

5) Schweppe §. 67. a. E.

6) L. 45. D. *de relig.* XI, 7.

7) Schweppe §. 68.

8) L. 10. pr. D. *de pact.* L. 6. pr. D. *de jure fisci* XLIX, 14. — S. auch L. 6. §. 1. D. *de jure fisci.*

9) L. un. C. *poenis fiscalib. creditores praeferri* X, 7. — Vgl. L. 37. D. *de jure fisci.* „Quod placuit, fisco non esse poenam petendam, nisi creditores suum recuperaverint, eo pertinet, ut privilegium in poena contra creditores non exerceatur, non ut jus commune privatorum fiscus amittat." — Zimmern röm. Proz. §. 83. Note 4 a) und unten §. 202. a. E.

10) L. 38. §. 1. D. *de reb. auct. jud. possid.* — S. Dirksen civ. Abh. II. S. 102., welcher wegen L. 23. pr. C. *de sacros. eccles.* annimmt, daß auch den Kirchen dasselbe Privilegium zustehe.

11) Vgl. L. 34. in f. D. *de reb. auct. jud. possid.* u. L. 38. §. 1. *eod.* Zimmern S. 261.

12) L. 17. §. 1. L. 18. L. 19. pr. D. *de reb. auct. jud. possid.* — L. 22. §. 13. *sol. matr.* XXIV, 3.

13) L. 42. D. *de adm. et per. tut.* XXVI, 7. L. 19. §. 1. L. 20. L. 23. L. 24. pr. D. *de reb. auct. jud. possid.*

14) L. 25. D. *de R. C.* XII, 1. L. 24. §. 1. L. 26. L. 34. D. *de reb. auct. jud. poss.*

15) L. 32. D. *de reb. auct. jud. poss.* — L. 34. in f. *eod.*

16) Vgl. L. 24. §. 2. D. *de reb. auct. jud. poss.* L. 7. §. 2. 3. und L. 8. D. *depos.* XVI, 3. — Wie diese Stellen zu vereinigen seien? ist sehr streitig. Am meisten hat die Interpretation für sich, nach welcher die L. 7. §. 2. *depos.* von deponirtem Gelde, das sich noch unversehrt beim Depositar befindet, zu verstehen ist. Die Aufnahme der dazu freilich nicht passenden L. 8. *eod.* muß hier, wie in so vielen anderen Fällen, durch eine Nachlässigkeit der Compilatoren erklärt werden. — *W. T. Kraut* comment. de argentar. et nummulariis (Goett. 1825.) Cap. XI. — A. M. ist Neustetel in seinen u. Zimmerns röm. rechtl. Untersuchungen. Abhandl. II.

17) S. L. 68. u. L. 196. D. *de reg. jur.* u. oben §. 82. Note 7.

18) L. 2. D. *de cess. bon.* L. 24. §. 3. D. *de reb. auct. jud. poss.* — Meine Cession §. 45. a. E.

19) L. 6. in f. C. *de bon. auct. jud. poss.*

20) L. 18. 20. D. *qui pot. in pign.* XX, 4.

21) L. 16. D. *qui pot. in pign.* XX, 4. — Daher die sprüchwörtliche Redensart: qui vincit te vincentem, te ipsum non vincet.

§. 174.

5) Von der Rescission der zum Nachtheil der Gläubiger vorgenommenen Handlungen *).

Handlungen eines Gemeinschuldners, welche in der Absicht, seinen Gläubiger zu betrügen, geschehen sind, werden, in vielen Fällen wenigstens, auf den Antrag der Gläubiger für unwirksam erklärt, gleichviel, ob sie vor oder nach eröffnetem Concurse erfolgten [1]). Zu diesem Behuf führte der Prätor eine Restitutionsklage ein, schlechthin in factum actio [2]), auch Pauliana actio genannt [2a]); außerdem ein Interdict — das fraudatorium interdictum — [3]), den Erfordernissen wie den Wirkungen nach wenig von jener Klage unterschieden [4]). Zunächst nun hängt der Gebrauch dieser Rechtsmittel davon ab, daß a) eine betrügliche Absicht des Schuldners vorhanden [5]), b) durch seine Handlung das Vermögen wirklich vermindert [6]), aber auch den Gläubigern dadurch ein Nachtheil erwachsen sei [7]). Treffen diese Erfordernisse zusammen, so kommt die besondere Beschaffenheit der Handlung selbst in der Regel (s. Note **15.**) nicht weiter in Betracht; mag die Vermögensverminderung durch eigentliche Veräußerung, oder durch Dereliction, durch heimliches Wegschaffen, durch Befreiung der Schuldner oder Pfandbesitzer, dadurch, daß einzelnen Gläubigern vorzüglichere Rechte eingeräumt werden, oder wie sonst geschehen: immer kommen die obigen Rechtsmittel, soweit es deren Natur zuläßt, zur Anwendung [8]). Demnächst ist über die Bedingungen und die rechtliche Natur der Paulianischen Klage noch Folgendes zu bemerken: **1**) sie steht den Gläubigern zu, welche an dem Concurse Theil nehmen [9]) und durch die betrügliche Handlung wirklich verletzt sind [10]), so wie ihren Nachfolgern [11]). **2**) Sie kann auch wi-

der den Gemeinschuldner selbst gerichtet seyn[12]), ist es meistens aber nur wider dritte Personen, unbedingt, wenn sie um den Betrug wußten, sonst aber nur, wenn sie aus einem lucrativen Erwerbsgrunde aus dem Vermögen des Schuldners etwas erhalten haben[13]); übrigens geht sie auch wider die Erben[14]). Ein Mitgläubiger aber, welcher, mit dem insolventen Vermögenszustand seines Schuldners bekannt, Zahlung erhalten hat, ist in der Regel nicht zur Restitution verpflichtet[15]): ausnahmsweise ist dies aber der Fall, wenn der Schuldner ihm einen gleich vigilanten Gläubiger nachsetzte, oder ohne eine jetzt schon vorhandene Rechtsverbindlichkeit Zahlung leistete[16]). Auch dürfen die Gläubiger eine zu ihrem Nachtheil bestellte Dos von dem mit der betrügerischen Absicht unbekannten Schwiegersohne des Gemeinschuldners in der Regel nicht revociren[17]). 3) Die Wirkung der durchgesetzten Klage ist Wiederherstellung des vorigen Rechts, also Restitution der veräußerten oder auf die Seite geschafften Sachen mit allen Accessionen[18]), Erneuerung des Forderungsrechts wider die Schuldner des Schuldners[19]), überhaupt aber Bewirkung des früheren Zustandes, soweit dies durch Rechtsmittel zu erreichen ist[20]). Wider diejenigen, welche an dem Betruge keinen Theil genommen haben, wird nur die Bereicherung eingeklagt[21]). 4) Die Anstellung wie die Durchsetzung der Klage muß nach Röm. Rechte binnen einem utilis annus, also nach Justinians Erklärung innerhalb eines quadriennium continuum erfolgen[22]); als perpetua actio aber steht sie wider Jeden, der durch den Betrug des Schuldners bereichert ist, auf Herausgabe der Bereicherung zu[23]).

*) Dig. (XLII, 8.) *Quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur.* Cod. (VII, 75.) *de revocandis his, quae in fraudem creditorum alienata sunt.* — Dabelow a. a. O. Cap. XIII. S. 376—477. (Vgl. *Haubold* doctr. Pand. lin. §. 1012.).

1) L. 6. §. 7. L. 9. L. 10. §. 16. D. *h. t.*

2) S. z. B. L. 10. pr. in f. §. 12. 18. D. *h. t.*

2a) L. 38. §. 4. D. *de usur.* XXII, 1. und *Theophili* paraphr. ad §. 6. I. *de actionib.* — Durch die Idee, die Pauliana actio gehöre nicht zu den Restitutionen (s. oben §. 158. Note 4.) sind wieder manche erfolglose Streitigkeiten unter den Vertheidigern dieser Ansicht veranlaßt,

indem der Eine annimmt, daß neben der Paul. actio auch noch eigentliche Restitution wegen alienatio in fraudem creditorum vorkomme, der Andere dies läugnet, oder doch andere Bedingungen für die Pauliana actio, andere für die Restitution annimmt, der Eine sie für eine restitutio ex capite doli hält, der Andere nicht, und was dgl. m. ist. (S. z. B. v. Schröter in der Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß Bd. VI. S. 137 fgg. und Schneider die allgemein subsidiären Klagen des Röm. Rechts S. 271 fgg.).

3) L. 67. §. 1. 2. D. *ad SCt. Treb.* XXXVI, 1. L. 96. pr. D. *de solut.* XLVI, 3. — Vgl. auch L. 10. D. *h. t.*

4) Vgl. Dabelow S. 447 — 449., und v. Schröter a. a. O. S. 136 fgg.

5) L. 1. pr. u. §. 1. L. 17. §. 1. D. *h. t.*

6) L. 6. pr. D. *h. t.* „Quod autem, cum possit aliquid quaerere, non id agit, ut adquirat, ad hoc edictum non pertinet: pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur." §. 1. „Unde, si quis ideo conditioni non paret, ne committatur stipulatio, in ea conditione est, ne faciat huic edicto locum." §. 2. „Proinde, et qui repudiavit hereditatem, vel legitimam, vel testamentariam, non est in ea causa, ut huic edicto locum faciat: noluit enim adquirere, non suum proprium deminuit."

7) L. 10. §. 1. D. *h. t.* — L. 6. §. 9. *eod.* L. 67. §. 1. *ad SCt. Treb.* — L. 145. D. *de reg. jur.*

8) L. 1. §. 2. L. 2. L. 3. L. 4. L. 5. L. 15. D. *h. t.* — L. 10. §. 13. L. 22. *eod.* — L. 18. *eod.* L. 43. §. 7. D. *de aedil. edicto* XXI, 1.

9) §. 6. I. *de act.* u. arg. L. 5. C. *h. t.* — Ueber die Verschiedenheit des Röm. und des heutigen Rechts, besonders in Beziehung auf die Frage: ob überhaupt die Pauliana actio nöthig sei? s. Schweppe a. a. O. §. 33. Dabelow S. 381 fgg. findet diese Verschiedenheiten schon im Röm. Rechte.

10) L. 15. D. *h. t.*

11) L. 10. §. ult. L. 16. *eod.*

12) L. 1. pr. in f. L. ult. in f. *eod.* („Haec actio etiam in ipsum fraudatorem datur, licet Mela non putabat in fraudatorem eam dandam, *quia nulla actio in eum ex ante gesto post bonorum venditionem daretur.*"—) — L. ult. C. *h. t.* — *Cujacii* observ. XII, 5. — Vgl. Schweppe §. 87.

13) L. 6. §. 8. u. 11. L. 9. D. *h. t.* L. 5. C. *eod.* — Uebrigens hat auch hier der Fiscus ein besonderes Recht: „in fraudem fisci non solum per donationem, sed quocunque modo res alienatae (solutionesve factae) revocantur." L. 45. pr. *de J. F.* XLIX, 14. L. 21. *eod.*

14) L. 10. §. ult. L. 11. D. *h. t.*

15) L. 6. §. 6. 7. D. *h. t.* („sibi enim vigilavit"). L. 10. §. 16. *eod.* — Uebr. s. L. 24. D. *eod.* u. Schweppe §. 82 b.

16) L. 24. D. *h. t.* — L. 10. §. 12. *eod.* „Si cum in diem mihi deberetur, fraudator praesens solverit, dicendum est, in eo, quod sensi commodum in repraesentatione, in factum actioni locum fore: nam Praetor fraudem intelligit etiam in tempore fieri." — Unde perspici facile poterit, quare etiam pignoris constitutio, scienti quidem creditori ante bonorum possessionem facta, in iis negotiis, quae rescindi conveniat, habenda sit. L. 10. §. 13. L. 22. D. *h. t.* A. D. Weber Beiträge zu Kl. u. Einreden Nr. 7. S. 73 fgg. — Zum Theil a. M. ist Franke im Archiv für civilist. Praxis Bd. XVI. Nr. V.

17) L. 25. §. 1. D. *h. t.* (vgl. L. 14. in f. *eod.*). Nicht entgegenstehend sind: L. 10. §. 14. D. und L. 2. C. *h. t.* S. *F. A. Weber* D. de dote a creditorib. impugnanda praesertim constitutione ejus vel agnitione in fraud. illor. facta (Rost. 1812. 4.) §. 9 sqq.

18) L. 38. §. 4. *de usur.* L. 10. §. 20. u. 22. D. *h. t.* — Vgl. übrigens L. 25. §. 4. *eod.* — Dabelow S. 448.

19) L. 17. pr. D. *h. t.*

20) L. 10. §. 22. L. 14. D. *h. t.* L. 25. D. *de reb. auct. jud. poss.*

21) L. 6. §. 11. D. *h. t.*

22) L. 1. pr. L. 6. §. ult. L. 10. §. 18. D. *h. t.* — S. auch §. 160. Note 4.

23) L. 10. §. 24. D. *h. t.*

§. 175.

Von den Separationen im Concurse *).

Gewisse Gläubiger können eine Separation nachsuchen, d. h. verlangen, daß ein Theil der Concursmasse von dem übrigen Vermögen ausgeschieden werde, damit sie aus demselben mit Ausschluß der anderen Gläubiger ihre Befriedigung erhalten. Zuerst wurde den erbschaftlichen Gläubigern es zugestanden, zu ihrem Besten die Trennung der Erbschaft von dem Vermögen des Erben fordern zu dürfen. Später erhielten ein gleiches Recht: der Patron, auf Separation des Vermögens seiner verstorbenen Liberta von der ihr erworbenen insolventen Erbschaft [1]), ferner, die Gläubiger eines Haussohns, welche erst creditirt hatten, nachdem der Schuldner ein castrense peculium erworben, zum Zweck der ausschließlichen Befriedigung aus demselben [2]), endlich die Gläubiger, welche einen Sklaven auf eine bestimmte taberna (ein Handlungsgeschäft und dessen

Fonds) geborgt haben [3]). Das Nähere über diese Separationsrechte muß bei den einzelnen Lehren, mit denen sie zusammenhängen, erörtert werden [4]).

*) Dig. (XLII, 6.) *de separationibus.* Cod. VII, 72. — Dabelow C. XII. S. 325—375. Schweppe §. 147—150.

1) L. 6. §. 1. D. *h. t.*

2) L. 1. §. 9. D. *h. t.*

3) L. 5. §. 15. 16. D. *de tributoria actione* XIV, 4.

4) S. unten Bd. 3. §. 701.

Besonderer Theil.

Besonderer Theil.

Erstes Buch.

Die Personen und die rein persönlichen Rechte.

Erstes Capitel.

Vom Rechtssubject überhaupt und den allgemeinen rechtlichen Verschiedenheiten der Menschen.

Dig. (I, 5.) *de statu hominum.*

§. 176.

Begriff von Person.

Der Ausdruck persona[1]) bedeutet soviel als Rechtsfähigkeit, oder die Eigenschaft, wonach Jemand als Subject von Rechten und Verbindlichkeiten in Betracht kommt. Hieraus erklärt sich a) der Gegensatz von persona und homo, oder: daß jene Benennung nicht auf jeden Menschen, sondern nur auf diejenigen, welchen juristische Persönlichkeit zukommt, bezogen zu werden pflegt[2]); b) der Gegensatz zwischen physischen und juristischen (fingirten, mystischen, auch wohl moralischen) Personen, wobei die Rechtsfähigkeit ganz getrennt von physischer, d. i. einzelner Persönlichkeit als ein reines Abstractum entweder auf eine Mehrheit von (gleichzeitig oder nach einander existirenden) Personen, oder auch wohl auf Sachen und Rechte übertragen wird (s. unten §. 196.); c) die Beziehung des Ausdrucks persona auf die bestimmte

juristische Eigenschaft eines Menschen, welche mehrere besondere Rechte und Pflichten umfaßt [3]). Mit Rücksicht auf diese letztere Bedeutung hat sich die sprichwörtliche Redensart gebildet: unus homo plures sustinere potest personas [4]), an welche sich wieder folgende Regeln knüpfen: 1) die mit jeder dieser verschiedenen Qualitäten verbundenen Rechte können vollständig, wie wenn sie mehreren Menschen zustehen, ausgeübt werden, sofern nicht Gesetz oder Natur der Sache hierin Einschränkungen machen [5]); 2) Handlungen, welche sich auf die eine Qualität beziehen, dürfen nicht nach den für die andere geltenden Normen rechtlich gewürdigt werden [6]). Tritt ein Zweifel darüber ein, welche Eigenschaft zunächst in Betracht komme, so läßt sich dieser nur durch genaue Berücksichtigung der individuellen Umstände des zur Beurtheilung stehenden Falles heben [7]).

1) Ueber die Ableitung des Worts von personare s. *Gellii* N. A. V, 7.

2) *Theophilus* zu §. 2. I. *de hered. instit.* u. zu pr. I. *de stipul. servor.* — Doch erweiterte sich der Begriff durch den Sprachgebrauch des gemeinen Lebens, und wurde daher bisweilen auch synonym mit homo genommen. S. z. B. L. 22. pr. D. *de reg. jur.* — Vgl. *H. Grotii* flores sparsi ad Inst. Justin. p. 16.

3) *Cic.* de or. I. 37. („— qui hanc personam susceperit, ut amicorum controversias causasque tueatur.") II, 24. („— tres personas unus sustineo summa animi aequitate.") De offic. I, 30. („— duabus quasi nos a natura indutos esse personis" —) und 32. (vgl. *Ernesti* Cl. Cic. v. *Persona* nr. 1.). L. 7. §. 5. D. *de lib. leg.* XXXIV, 3. L. 3. C. Th. *de matern. bon.* VIII. 18. „— majorem sibi in rebus filiorum vindicare personam."

4) *J. H. Hert* D. de uno homine plures sustinente personas (opusc. Vol. I. T. 3. p. 27—44.). — *C. S. Zachariae* Lib. quaestion. Qu. VI. p. 49 sqq.

5) a) L. 3. D. *de adopt.* I, 7. L. 2. D. *de offic. Praetor.* I, 14. L. 2. D. *de offic. Praesid.* I, 18. L. 5. *de manum. vind.* XL, 2. u. Arg. c. 13. X. *qui fil. sint legitimi* IV, 17. — L. un. §. 2. D. *de offic. consul.* I, 10. „Consules apud se servos suos manumittere posse, nulla dubitatio est. Sed si evenerit, ut minor viginti annis consul sit, apud se manumittere non poterit, cum ipse sit, qui ex senatusconsulto consilii causam examinat: apud collegam vero, causa probata, potest." — *Hert.* Sect. I. §. 5. Sect. IV. §. 2. — b) L. 12. pr. D. *de leg.* I. — *Kooh* succ. ab int. auctar. III. S. I.

6) a) §. 4. I. *de inoff. testam.* L. 16. D. *de in jus voc.* II, 4. — b) L. 9. pr. D. *de transact.* II, 15. — c) *Hert.* l. l. S. I. §. 4.

7) a) *Gellii* N. A. II, 2. — b) L. 39. in f. D. *de pign. act.* XIII, 7.

§. 177.

I. Die auf physischen Gründen beruhende Rechtsfähigkeit. A) Grundbedingungen derselben.

Die Grundbedingungen aller Rechtsfähigkeit sind: lebendige Geburt[1]) und menschliche Gestalt[2]). I) Was die erste Bedingung anbetrifft, so ist es gleichgiltig, auf welche Art die Trennung des Kindes von der Mutter bewirkt wurde[3]), wenn das Kind nur nach der Trennung geathmet hat[4]). Der noch ungeborne Mensch (foetus, auch wohl venter) gilt nach den Lehrsätzen der Alten nicht für ein selbstständiges Geschöpf, sondern nur für einen Theil des Leibes der Mutter — pars viscerum[5]); doch ist dies in der Anwendung sehr gemildert, indem (wenngleich nur indirect) auf die Erhaltung des Lebens eines Kindes im Mutterleibe Bedacht genommen[6]), außerdem auch für die Erhaltung seiner künftigen Vermögensrechte auf mannigfache Art gesorgt wurde[7]). Mit dieser bedingten Rechtsfähigkeit eines noch nicht gebornen Menschen hängt auch der allmählig sich ausbildende Rechtssatz zusammen, daß die rein persönlichen Rechte des Kindes nach der Zeit seiner Conception zu bestimmen seien[8]). Uebrigens kann bei Zwillings- oder Drillings-Geburten die Erstgeburt zweifelhaft seyn; hängen davon Rechte ab, die weder getheilt, noch durch die Eltern oder Gutsherrschaft bestimmt werden können, so muß darüber das Loos entscheiden[9]). II) Es dürfen aber dem vom Weibe gebornen Individuum auch die wesentlichen Kennzeichen menschlicher Natur nicht fehlen[10]); ist dies der Fall, so kommen ihm keine Rechte zu[11]), obwohl sein Daseyn möglicherweise seinen Erzeugern Vortheile gewähren kann[12]).

1) L. 129. D. *de V. S.* — *Paulli* rec. sent. IV, 9. §. 6. u. das. *Cujacius* (ap. *Schulting* Jurisprudentia antejust. not. 20.).

2) Als dritte Bedingung der Rechtsfähigkeit pflegt man auch die Lebensfähigkeit zu nennen. Indessen so geradezu läßt sich das wenigstens nicht behaupten, da die L. 12. D. *de st. hom.*, worauf man dies Erforderniß stützt, nur den regelmäßigen Legitimitäts-Termin bestimmt und auch gegen das Leben eines Kindes, welches alle Kennzeichen eines unreifen und noch nicht sechsmonatlichen partus an sich trägt, nichts unternommen werden darf. Wird ihm das Leben erhalten, so hat es außer Zweifel Menschen- und selbst Familien-Rechte, da die L. 12. cit. nur von einem perfectus partus spricht. Nur insoweit läßt sich der gesetzliche Termin hier berücksichtigen, daß man sagt:

ist das Kind über sechs Monate alt, so entscheidet das bloße Athmen nach der Trennung von der Mutter über seine Rechtsfähigkeit, im entgegengesetzten Falle wird angenommen werden dürfen, wenn es bald nach seiner Geburt aufhört zu athmen, es sei nicht lebensfähig gewesen, also gar kein Rechtssubject geworden. — Vgl. hierbei Seuffert Erört. einzelner Lehren des Röm. Privatr. Abth. I. Nr. IX. §. 1. und Dähne über die Lebensfähigkeit in juristischer Beziehung, in der Themis, herausg. von Elvers, Bd. II. Nr. XIV.

3) L. 141. D. *de V. S.* („Etiam ea mulier, cum moreretur, creditur filium habere, quae exciso utero edere possit.") L. 2. D. *de mort. infer.* XI, 8.

4) L. 12. §. 1. D. *de lib. et posth.* XXVIII, 2. L. 3. C. *de posth. hered. inst.* VI, 29. Vgl. *E. Merillii* expositt. in L. Decis. Justin. Nr. XXVIII. p. m. 365 sqq. *G. Mascovii* diatr. de Sect. Procul. et Sabin. c. IX. §. XVI. XVII. Hugo civilist. Mag. Bd. V. S. 120. Rechtsgesch. S. 836. Note 7. d. 11ten A.

5) L. 1. §. 1. D. *de inspic. ventre* XXV, 4. — L. 9. §. 1. D. *ad Leg. Falcid.* XXXV, 2. — Vgl. *Eckhard* Herm. jur. §. 137.

6) a) L. 2. D. *de mort. infer.* XI, 8. — b) L. 3. D. *de poen.* XLVIII, 19. L. 18. D. *de statu hom.* I, 5. *A. Menagii* amoen. jur. civil. c. 21. — c) L. 4. D. *de extraord. crim.* XLVII, 11. L. 8. D. *ad L. Cornel. de sicar.* XLVIII, 8. L. 39. D. *de poenis* XLVIII, 19. (*J. Cujacii* observ. XIX, 9.) — Ueber L. 38. §. 5. *eod.* („Qui *abortionis*, *aut amatorium poculum* dant, etsi dolo non faciant, tamen, quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam, amissa parte bonorum relegantur: quodsi eo *mulier aut homo* perierit, summo supplicio adficiantur."), — s. *Basilic.* VII. p. 838. und Spangenberg im N. Archiv d. Crim. R. Bd. II. S. 21. u. 26. vgl. auch *Walch* not. ad *Eckhardi* Herm. §. 137. — Ueber den foetus formatus und informatus s. c. 8. C. XXXII. qu. 2. — *A. F. T. Mallinkrot* D. de statu nondum natorum indeque dependentibus jurib. et obligat. Giefs. 1759.

7) a) L. 7. D. *de statu hom.* („Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit.") Dig. (XXXVII, 9.) *de ventre in possess. mitt. et cur. ejus.* — Vgl. *C. H. Breuning* spec. de donat. nascituro facta. Lips. 1758. — b) L. 3. D. *si pars hered. petat.* V, 4. L. 7. pr. D. *de reb. dub.* XXXIV, 5. — L. 36. D. *de solut.* XLVI, 3., (zu erläutern aus L. 4. D. *si pars hered. pet.*).

8) Pr. I. *de ingen.* L. 18. D. *de statu hom.* L. 7. §. 1. D. *de senator.* I, 9. — L. 26. D. *de statu hom.*

9) Vgl. *Andr. Tiraquellus* de jure primogeniturae Qu. XVII. opin. 1. — *Chr. Thomasius* D. de prioritate ac posteritate temporis dubia atque incerta (in Disp. Lips. Nr. V.) C. II. — (Preuß. Landrecht I, 1. §. 15. 16.) — Außer aller Beziehung zu dieser Frage steht die L. 10. §. 1. D. *de reb. dub.* (XXXIV, 5.) S. *Thomasius* §. 64 sq.

10) Entscheidend hierüber soll die Bildung des Kopfes seyn, wie man wenigstens gewöhnlich annimmt, arg. L. 44. D. *de relig.* XI, 7.

11) L. 14. D. *de statu hom.* „Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur: velut si mulier monstrosum aliquid aut prodigiosum enixa sit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effe-

ctus, et ideo inter liberos connumerabitur." S. *Basilic.* T. VI. p. 141. u. daſ. Schol. 5. p. 147. in f. u. 148. — Vgl. L. 38. D. *de V. S.* „Ostentum Labeo definit: omne contra naturam cujusque rei genitum, factumque. Duo genera autem sunt ostentorum: unum, quotiens quid contra naturam nascitur, tribus manibus forte aut pedibus, aut qua alia parte corporis, quae naturae contraria est; alterum, cum quid prodigiosum videtur, quae Graeci *φαντάσματα* vocant.") — *J. C. Hedler* jura hominis bicipitis. Vit. 1750. 4. — A. Meckel Lehrb. der gerichtl. Medicin §. 298. — Preuß. Landr. I, 1. §. 17. 18.

12) Insofern nämlich, als die rein positivrechtlichen Nachtheile, welche an die Kinderlosigkeit geknüpft sind, jetzt nicht eintreten: L. 135. D. *de V. S.* (*Ulp.* Lib. IV. ad L. Jul. et Pap.); wogegen ihnen die Privilegien, welche von einer bestimmten Anzahl von Kindern abhängen, nicht zu Statten kommen. L. 14. *de statu hom.*; womit zu vgl. ist *Paulli* sent. rec. IV. T. 9. §. 4. — S. auch *Schulting* enarr. part. primae Pand. I, 5. §. 3. *Heineccius* comment. ad L. Jul. et Pap. P. II. c. 14. §. 4. *Walch.* ad *Eckhardi* Herm. jur. §. 199.

§. 178.

B) Die auf natürlichen Gründen beruhenden rechtlichen Verschiedenheiten.

1) Alters-Verschiedenheiten *).

Nach dem Alter sind die Menschen entweder großjährig, nämlich nach zurückgelegtem fünfundzwanzigsten Jahre[1]), oder minderjährig. Die Minderjährigen, welche sich durch manche besondere Rechte auszeichnen[2]), sind entweder unmündig (in der prima aetas), oder mündig (in der secunda aetas)[3]), und diese heißen vorzugsweise minores, auch adulti, adolescentes, bis sie das durch die Lex Plaetoria bestimmte Alter der Großjährigkeit — daher legitima aetas — erreicht haben[4]). Die Mündigkeit tritt aber für das männliche Geschlecht nach vollendetem vierzehnten, für das weibliche Geschlecht nach vollendetem zwölften Jahre ein[5]). Unmündige unter sieben Jahren heißen infantes[6]), nachher infantiâ majores, wobei denn noch ein, jedoch nicht nach festen Zeitpuncten zu bestimmender, Unterschied vorkommt zwischen proximi infantiae, die kaum die Zeit der infantia überschritten haben, und pubertati proximi, die nahe an der Gränze der Pubertät stehen[7]). Die Handlungen eines Kindes unter sieben Jahren nun haben in rechtlicher Beziehung meistens gar keine Bedeutung[8]); infantiâ majores aber können für sich Rechte erwerben und Andere

verpflichten [9]). Damit sie selbst verpflichtet werden, bedarf es in der Regel der tutoris auctoritas [10]); doch entsteht auch sonst eine Verbindlichkeit für sie a) in den Fällen, wo der obligatorische Grund unabhängig ist von selbstständiger und freier Willensbestimmung, sei es nach allgemein-rechtlichen Gründen [11]), oder in Gemäßheit blos positiver Rechtsbestimmungen [12]); b) durch ihren Dolus, wobei denn die Zurechnungsfähigkeit und deren Grad durch richterliche Untersuchung festzustellen ist, so jedoch, daß die unmittelbare Nähe der infantia oder der Pubertät in Beziehung auf Zurechnung der Kindheit oder der Mündigkeit gleich steht [13]). Auch für Mündige, die noch nicht großjährig sind, nimmt man noch eine gewisse Mittelstufe an, die man durch die plena pubertas im Gegensatz der minus pl. pub. bezeichnet; jene tritt für das männliche Geschlecht mit zurückgelegtem achtzehnten, für das weibliche mit zurückgelegtem vierzehnten Jahre ein [14]). Auch das vorgerückte Alter wird mannigfach in rechtlicher Beziehung berücksichtigt, wobei denn noch zwischen den seniores und der senectus ein Unterschied zu machen ist, ohne daß sich indessen für den Anfang des Alters eine durchgreifende, d. h. für alle Verhältnisse als Regel geltende Bestimmung findet [15]).

*) *J. O. Schacht* de eo, quod justum est circa varias hominum aetates. Ed. noviss. Helmst. (s. d. et C.). — W. G. Ploucquet vom menschl. Alter und den davon abhangenden Rechten. Tüb. 1779. 8. — Mende ausführl. Handbuch der gerichtl. Medicin Th. II. S. 187—222. — Gesterdings Nachforschungen Bd. II. Nr. I.

1) L. 1. §. 2. 3. L. 3. §. 3. D. *de min.* IV, 4. (§. 87. Note 2.). — Vgl. Zimmern Röm. Rechtsgesch. §. 121. Burchardi Wiedereinsetzung in den vor. Stand §. 13. S. 201 fg. Note 2. v. Savigny von dem Schutz der Minderjährigen im Röm. Recht und insbesondere von der Lex Plaetoria. Berlin 1833. 4.

2) Vgl. §. 96. Note 14. §. 158. Note 10. — *G. N. Appold* (Pr. *N. C. Lyncker*) D. exhib. jura ac privilegia minorum. Jena 1693. — Gesterding a. a. O. §. 10—14.

3) L. 30. C. *de episc. audient.* I, 4. L. 10. C. *de impub. et al. subst.* VI, 26.

4) L. ult. in f. D. *de appell.* XLIX, 1. u. *Brisson.* v. *adolescens* et *adultus*. — Vgl. L. 1. §. 3. Th. C. *de his, qui ven. aet. impetr.* II, 17. — *J. P. de Ludewig* differentiae juris in aetate puberum et major. *rel.* Hal. 1725. — Dirksen Beiträge zur Kunde des Röm. R. (Leipz. 1825.) Nr. VII. S. 286—288.

5) *Gaji* instit. I. §. 196. *Ulpiani* Fr. XI, 28. Pr. I. *quib. mod. tut. fin.* L. ult. C. *quando tut. esse defin.* V, 60. — Dirksen Beiträge ꝛc. S. 51—55. (§. 1. Nr. I.) S. 155—157. (Nr. 3.) Zim-

mern R. G. §. 120. Vgl. L. 5. D. *qui test. fac. poss.* XXVIII, 1. (§. 87. Note 5.).

6) *L. A. Senecae* epist. 121. — L. 14. D. *de sponsalib.* XXIII, 1. L. 1. §. 2. D. *de adm. et per. tut.* XXVI, 7. L. 8. Th. C. *de matern. bon.* VIII, 18. L. 18. pr. u. §. 4. C. *de jure delib.* VI, 30. — L. 1. §. 13. D. *de O. et A.* XLIV, 7. L. 6. D. *rem pup. salv. fore* XLVI, 6. L. 5. D. *de reg. jur.* Vgl. *Theophili* Paraphr. ad §. 9. I. *de inutil. stipul.* S. auch *J. Gothofredus* zu L. 8. Th. C. VIII, 18. *Schacht* l. l. c. I. §. 2—4. Glück Pand. Bd. II. §. 130. S. 211. Note 27. Unterholzner in d. Zeitschr. f. hist. R. W. I. Nr. III. Heidelb. Jahrb. 1815. S. 664—683. Savigny Besitz §. 21. S. 242. Note 1. (d. 5. A.)

7) §. 10. I. *de inutil. stipul.* §. 18. in f. I. *de obl., quae ex del.* L. 13. §. 1. D. *de dolo malo* IV, 3. L. 111. pr. D. *de reg. jur.* — Vgl. überhaupt *Glossa* ad §. 10. I. *de inutil. stipul.* *J. Gothofredi* comment. ad L. 111. pr. D. de regul. jur. (in opusc. minor. ed. *Trotz* p. 1028 sqq.). *Schacht* l. c. c. II. §. 1. *J. Averanii* interpr. jur. II, 14. nr. 1—3. Höpfner Comment. §. 62. Nr. 6. Gensler im Archiv f. civilist. Praxis Bd. IV. Nr. XVIII. Unterholzner a. a. O. S. 47 fg. Heidelb. Jahrb. a. a. O. S. 683. Gesterding a. a. O. §. 5. Dirksen Rhein. Mus. I. S. 316 fgg. (vgl. Krit. Zeitschr. f. hist. R. W. IV. S. 48 fgg.). — S. auch unten die Note 13.

8) L. 209. D. *de V. S.* §. 10. I. *de inutil. stipul.* Vgl. §. 91. Note 1. — Uebrigens s. L. 32. §. 2. *de a. v. a. p.* XLI, 2. u. unten Bd. 2. §. 239. Note 14.

9) a) §. 9. I. *de inutil. stipul.* L. 9. pr. D. *de auct. tut.* XXVI, 8. b) L. 1. §. 4. D. *de exercit. act.* XIV, 1. L. 7. §. 2. L. 8. D. *de inst. act.* XIV, 3. „Pupillus autem institor obligat eum, qui eum praeposuit, institoria actione: quoniam sibi imputare debet, qui eum praeposuit. Nam et plerique pueros puellasque tabernis praeponunt."

10) S. Note 9. a. — Vgl. auch §. 10. in f. I. *de inutil. stipul.* und L. 141. §. 2. D. *de V. O.* XLV, 1. „Pupillus, licet ex quo fari coeperit, recte stipulari potest, tamen si in parentis potestate est, ne auctore quidem patre obligatur: pubes vero, qui in potestate est, proinde ac si paterfamilias obligari solet." S. jedoch L. 18. in f. C. *de jure delib.* VI, 30. — *Vinnius* ad §. 9. *de inutil. stipul.* nr. 5.

11) L. 46. D. *de O. et A.* XLIV, 7. (A. D. Weber natürl. Verbindl. §. 71.). — L. 3. §. 4. in f. D. *de neg. gest.* III, 5.

12) L. 2. §. 19. *de vi bon. rapt.* XLVII, 8.

13) §. 10. I. *de inutil. stipul.* („— nam infans, et *qui infanti proximus est*, non multum a furioso distant, quia *hujus aetatis pupilli* nullum habent intellectum.") §. 18. I. *de O.*, *quae ex del.* („Et placet, — ita demum obligari crimine impuberem, si proximus pubertati sit.") L. 14. *de SCto Silan.* XXIX, 5. („*nam is puer non multum a puberi aetate aberat.*") L. 4. §. 26. D. *de O. et A.* XLIV, 7. („Julianus saepissime scripsit, doli pupillos, *qui probe pubertatem sunt*, capaces esse.") — Vgl. L. 5. §. 2. in f. D. *ad L. Aquil.* IX, 2. L. 1. §. 2. D. *de trib. act.* XIV, 4. L. 1. §. 6. D. *ne vis fiat ei* XLIII, 4. L. 23. D. *de furt.* XLVII, 2. L. 3. §. 19. D. *de vi bon. rapt.* XLVII, 8. L. 3. §. 1. D. *de injur.* XLVII, 10. Von den oben (Note 7.) angeführten Schriftstellern ist hier vorzüglich zu vergleichen Jac. Gothofredus.

14) Die Benennung dieses Unterschiedes gründet sich auf L. 40. §. 1. D. *de adopt.* — a) L. 40. §. 1. cit. §. 4. I. *de adopt.* — b) L. 57. D. *de re jud.* XLII, 1. — c) L. 14. §. 1. D. *de alim. leg.* XXXIV, 1. — S. Glück Pand. II. §. 130. S. 221. d. 2. A. — Uebrigens gab es auch noch andere Altersverschiedenheiten für die Adulti. S. §. 7. I. *qui et quib. ex causs. manum. non poss.* — L. 1. §. 3. D. *de postul.* III, 1. — L. 2. C. *de his, qui ven. aet.* II, 45. L. un. Th. C. *eod.* II, 17. (woselbst sich §. 3. folgende Aeußerung findet: „Cui aetati, quoniam inter plenam perfectamque adolescentiam et robustissimam juventutem media est, *firmatae* aetatis appellationem imponimus, ut prima aetas *pueritiae* sit, sequens *adolescentiae*, *firmata* haec tertia, quarta *legitima*, quinta *senectus* habeatur.") — Dirksen a. a. O. S. 289 fg.

15) Vgl. L. 69. §. 1. D. *de legat.* III. L. 8. §. 10. D. *de transact.* II, 15. („— nam aliter cum puero, aliter cum juvene, aliter cum sene transigi, palam est.") — S. in Beziehung auf die einzelnen rechtlich zu berücksichtigenden Folgen: a) *A. Gellii* N. A. II, 15. L. 5. pr. D. *de jure immunit.* L, 6. — b) *Gellii* N. A. X, 28. — c) L. 2. pr. D. *de excusat.* XXVII, 1. L. 3. D. *de jure immunit.* — L. 2. §. ult. D. *de decur.* L, 2. (vgl. unten §. 194. Note 9. a.). — d) L. 15. §. 2. D. *de adopt.* I, 7. — e) L. 8. D. *de testib.* XXII, 5. — f) L. 3. §. 7. D. *de SCto Silan.* XXIX, 5. („Ignoscatur etiam his, qui aetate defecti sunt.") L. 2. D. *de term. moto* XLVII, 21. — c. 24. D. LXXXVI. — *G. A. Struvii* Tr. exhibens jura ac privilegia senectutis. Jena 1737. *E. G. C. Klügel* (Pr. *A. F. Rivino*) de senectute non honorata. Vit. 1759. Meckel gerichtl. Medicin S. 408. Note *. (Vgl. Glück Pand. II. S. 228. Note 88.). — Uebrigens ist wegen des Anfangspuncts a. M. Thibaut im Arch. für civilist. Pr. Bd. VIII. Nr. II.

§. 179.

2) Geschlechtsverschiedenheit *).

Im Allgemeinen ist das Recht für beide Geschlechter gleich[1]); im Einzelnen dagegen finden sich manche und sehr wichtige Rechtsverschiedenheiten zwischen den zum männlichen und den zum weiblichen Geschlechte gehörigen Personen, die in früherer Zeit noch viel weiter gingen[2]). Denn wenn auf der einen Seite die Rechtsfähigkeit der Frauen beschränkter, — ihr Verhältniß zu dem männlichen Geschlecht auf gewisse Weise ein untergeordnetes ist[3]), so haben sie auf der anderen Seite Rechte, welche den Individuen männlichen Geschlechts nicht zustehen, wohin theils ihre frühere Pubertät mit den davon abhängigen rechtlichen Folgen (§. 178. Note 5.), theils die besonderen Privilegien des weiblichen Geschlechts gehören, welche bald in der weiblichen Schwäche und der bei den Frauen vorauszusetzenden Rechts- und Geschäfts-Unerfahrenheit ihren

Grund haben [4]), bald in den Rücksichten auf weibliche Schamhaftigkeit [5]). Ein Hermaphrodit, d. i. ein Mensch, dessen Geschlecht zweifelhaft ist, wird zu dem Geschlechte gerechnet, dessen Kennzeichen bei ihm die vorherrschenden sind [7]).

*) *H. T. Schellhaffer* meditt. de origine ac fonte juris circa mulieres diversi. Lips. 1738. (Vgl. *Haubold* doctr. Pand. lin. §. 40 not. a.)

1) L. 1. D. *de V. S.* („Verbum hoc: *si quis*, tam masculos quam foeminas complectitur"). L. 195. pr. *eod.* — Dagegen heißt es: „exemplo pessimum est, feminino vocabulo etiam masculos contineri." L. 45. pr. D. *de leg.* II.

2) S. z. B. *Gaji* Inst. I. §. 91. §. 109 sqq. §. 144 sqq.

3) L. 9. D. *de statu hom.* I, 5. — a) L. 2. D. *de reg. jur.* L. 1. §. 5. D. *de postul.* III, 1. L. 12. §. 2. in f. D. *de jud.* V, 1. L. ult. D. *de tut.* XXVI, 1. — b) §. 103. not. 10. — c) L. 6. D. *de popul. act.* XLVII, 23. — d) §. 10. I. *de adopt.* §. 3. I. *de hered. qual. et differ.* L. 195. in f. u. L. 196. §. 1. D. *de V. S.* — e) L. 1. D. *de senator.* I, 9. L. ult. D. *de fide instrum.* XXII, 4. L. 5. D. *de ritu nuptiar.* XXIII, 2. L. 14. §. 1. in f. D. *sol. matrim.* XXIV, 3. — f) L. 9. pr. D. *de his, qui not. infam.* III, 2. — Uebr. s. L. 18. D. *de testib.* XXII, 5. und Dirksen Beiträge u. s. w. Nr. V. S. 235 fgg.

4) a) L. 1. §. 1. L. 2. §. 3. D. *ad SCt. Vellej.* XVI, 1. (vgl. A. D. Weber Beitr. zu d. Lehre v. Klagen u. Einreden I. S. 25. Note 8.). — b) Pr. I. *quib. alien. lic. vel non.* L. un. §. 1. u. 15. C. *de rei uxor. act.* V, 13. — c) §. 96. Note 15. — Auch auf die körperliche Schwäche der Frauen wird Rücksicht genommen. S. z. B. L. 3. §. 3. *de munerib.* L, 4.

5) S. z. B. Nov. 134. c. 9. — Vgl. J. C. Duistorp Beitr. z. Erläuter. versch. Rechtsmat. St. IV. (1780.) Nr. XI. — S. auch Neues Arch. des Crim. R. VI. Nr. 6. 12.

6) J. D. Metzger Syst. der ger. A. W. §. 503 fgg. (3te A.). Meckel Lehrb. der ger. Med. §. 310—314.

7) L. 10. D. *de st. hom.* L. 15. §. 1. D. *de testib.* XXII, 5. („Hermaphroditus, an ad testamentum adhiberi possit, qualitas sexus incalescentis ostendit." S. besonders *Schol. Basilic.* T. II. p. 555. not. 9. u. vgl. *Schulting* not. ad *Paulli* rec. sent. III. T. IV. A. not. 46. Jurisprud. antejust. p. 344.) L. 6. §. 2. D. *de lib. et posth.* XXVIII, 2. — Vgl. Preuß. Landr. I, 1. §. 19 fgg.

§. 180.

3) Einfluß der Gesundheit auf Rechtsverhältnisse; a) körperliche Gesundheit und Vollständigkeit.

Von mannigfachem Einfluß auf das Recht ist auch die Gesundheit und Vollständigkeit eines Menschen, die körperliche wie die geistige. Ein Mangel der ersteren äußert sich

entweder als Krankheit oder als Gebrechen (vitium). Krankheit ist allgemeine Störung der Lebensfunction, Gebrechen jeder Mangel, wodurch der Körper nur theilweise affizirt wird; insonderheit gehört dahin Mißbildung oder gänzlicher Mangel einzelner Theile des Körpers, so wie mangelhafte Beschaffenheit der Sinnes-Organe [1]). Ist der krankhafte Zustand von der Art, daß er zu Geschäften unfähig macht (morbus sonticus) [2]), so entschuldigt er in einzelnen Fällen wegen rechtlicher Versäumnisse, befreit von manchen Belästigungen, kann aber auch Veranlassung zur Anordnung einer Curatel werden [3]). Auch für Gebrechliche gelten manche jura singularia, zum Theil sehr verschiedener Art, nach der verschiedenen Beschaffenheit der Gebrechen selbst [4]). Besonders auszuzeichnen sind in dieser Hinsicht die Zeugungs-Unfähigen, welche in unseren Quellen mancherlei Benennungen haben, als: spadones, castrati, eunuchi [5]), thlibiae, thlasiae [6]). In juristischer Beziehung werden aber nur spadones und castrati unterschieden, und unter den Letzteren die unheilbar Unfähigen verstanden [7]).

*) *T. Hermann* (Pr. *J. F. Weidler*) defectuum corporis contemplatio juridica. Vit. 1738. 4.

1) *Cic.* Tusc. quaest. IV, 13. *Gellii* N. A. IV, 2. L. 1. §. 7. L. 6. pr. D. *de aedil. ed.* XXI, 1. L. 101. §. 2. D. *de V. S.* „Verum est, morbum esse temporalem corporis imbecillitatem, vitium vero perpetuum corporis impedimentum: velut si talum [*al.* oculum] excussit; nam et luscus [*al.* luxus] itaque [*al.* utique] vitiosus est.“ *C. v. Bynkershoek* obs. jur. Rom. III, 1. — Zunächst wurden die Begriffsbestimmungen durch die Vorschriften des Aedilitischen Edicts über Gewähr der Mängel und Fehler von Sclaven und Lastthieren veranlaßt; die davon gemachten Anwendungen aber gingen viel weiter.

2) *Gellii* N. A. XVI, 4. XX, 1. in m. L. 60. D. *de re jud.* XLII, 1.

3) a) L. 60. D. *de re jud.* — b) L. 2. 3. C. *qui morbo se excus.* X, 50. — c) L. un. C. *quando imp. int. pup.* III, 14. — d) §. 4. I. *de cur.*

4) a) L. 1. 2. C. *qui morbo se excus.* — b) L. un. C. *qu. imp. int. pup.* — c) L. 12. §. 2. D. *de jud.* V, 1. L. 1. §. 5. D. *de postul.* III, 1. — d) L. 6. §. 1. D. *qui test. fac. poss.* XXVIII, 1. L. 10. C. *eod.* VI, 22. L. 9. C. *de test.* VI, 23. — e) §. 4. I. *de cur.* L. 3. in f. D. *de postul.* — *L. L. Mencken* de muto, surdo, et muto simul surdo jurante. Vit. 1738. — *Rembt Tob. Guyot* D. de jure surdo-mutorum. Groening. 1824. 8. — *F. H. M. Kersten* de visu privatis eorumque juribus. Lips. 1773.

5) Tit. Cod. *de eunuchis* IV, 42. Vgl. *Brisson.* v. *eunuchus*. *A. Menagii* jur. civ. amoenitates c. 39. v. *eunuchus*.

6) L. 128. D. *de V. S.* „Spadonum generalis appellatio est: quo nomine tam hi, qui natura spadones sunt, item thlibiae, thlasiae, sed et si quod aliud genus spadonum est, continentur." — Ueber die thlibiae ist zu vgl. *Theophilus* ad §. 9. I. *de adopt.* S. übrigens *Mart. Schurig* Spermatologia c. 8. §. 15. und *Gruner* Pand. med. p. 26.

7) a) L. 39. §. 1. D. *de jure dot.* XXIII, 3. „Si spadoni mulier nupserit, distinguendum arbitror, castratus fuerit, nec ne: ut in castrato dicas dotem non esse; in eo, qui castratus non est, quia matrimonium est, et dos et dotis actio est." — b) L. 2. §. 1. L. 40. §. 2. D. *de adopt.* I, 7. — c) L. 6. §. 1. D. *de lib. et posth.* XXVIII, 2. — d) L. 6. §. 2. L. 7. D. *de aedil. ed.* XXI, 1. — *A. Augustini* emendat. Lib. III. c. 4. (*Otto* thesaur. IV. p. 1508 sqq.). — *J. C. Kriele* (Pr. *J. P. Slevogt*) de spadonibus. Jen. 1690.

§. 181.

b) Geistige Gesundheit *).

Geisteskranke werden durch die Ausdrücke furiosi, dementes, mente capti u. a. in unseren Quellen bezeichnet, ohne daß eine wesentliche Verschiedenheit der Begriffe dadurch ausgedrückt werden soll [1]); auch diejenigen, welchen wegen Vermögens-Verschwendung die Verwaltung des Ihrigen entzogen ist (s. g. prodigi civiliter tales), sollen rechtlich den Geisteskranken gleichgestellt seyn, was jedoch nur auf die Vermögens-Verwaltung bezogen werden darf [2]). Beständiger Wahnsinn nun schließt die Möglichkeit rechtlicher Handlungen und also auch die Zurechnung unerlaubter Handlungen des Wahnsinnigen aus [3]); finden sich lichte Zwischenräume, so hat, was während derselben geschieht, vollkommene Giltigkeit [4]). Wahnsinn ist an sich nicht zu präsumiren; wenn aber ausgemacht ist, daß Jemand daran leidet, so ist nun das Daseyn lichter Momente von Jedem zu erweisen, der sich auf die rechtliche Bedeutung der Handlung eines solchen Menschen beruft [5]). Blos verstandesschwache Menschen [6]), welchen die zu gewöhnlichen Geschäften erforderliche Einsichtsfähigkeit nicht fehlt, behalten in der Regel die Befugniß dem Ihrigen vorzustehen und darüber zu verfügen [7]).

*) *Sam. Stryk* de dementia et melancholia. Frcf. 1672. — G. H. v. Berg juriſt. Beobacht. u. Rechtsf. III. Nr. XXII.

1) *Cic.* Tusc. quaest. III, 5. *Festus* de V. S. v. *mente captus* (ap. *Gothofr.* auctt. lat. ling. p. 317.). L. 14. D. *de offic. Praesid.* I, 18. L. 27. §. 5. D. *de recept.* IV, 8. L. 2. D. *de inoff. test.* V, 2.

L. 22. §. 7. D. *sol. matrim.* XXIV, 3. („— et si quidem intervallum furor habeat, *vel perpetuus quidem morbus est.* —") L. 8. §. 1. D. *de tut. dat.* XXVI, 5. L. 6. L. 7. §. 1. D. *de cur. fur.* XXVII, 10. L. 17. D. *qui test. fac. poss.* XXVIII, 1. („In adversa corporis valetudine mente captus, eo tempore testamentum facere non potest.") L. 18. §. 1. D. *de a. v. a. p.* XLI, 2. L. 17. §. 11. D. *de injur.* XLVII, 10. („si — agere — non possit propter furorem, *vel quem alium casum dementiae.*") L. 28. C. *de adm. tut.* V, 37. L. 2. C. *de contr. emt.* IV, 38. — S. auch v. Savigny Abhandl. von dem Schutz der Minderjährigen S. 21 fg. Uebrigens wird der gewöhnlich angenommene Unterschied zwischen furiosus und demens allerdings unterstützt durch die L. 12. pr. in f. D. *de excus.* (XXVII, 1.), L. 28. C. *de episc. audient.* I, 4. L. 25. C. *de nupt.* V, 4. — Vgl. überh. noch *Ulr. Huber* Digr. Justin. III. c. 28. §. III. und v. Berg a. a. O. §. 7—11.

2) L. 1. D. *de cur. fur. dand.* XXVII, 10. L. 40. D. *de reg. jur.* „Furiosi, vel ejus, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est."

3) §. 8. I. *de inutil. stipul.* L. 5. L. 40. D. *de reg. jur.* L. 60. D. *de R. V.* VI, 1. L. 5. §. 2. D. *ad L. Aquil.* IX, 2. L. 61. in f. D. *de adm. et per. tut.* XXVI, 7. (Vgl. §. 91. Note 1.). — L. 20. D. *de statu hom.* I, 5. L. 8. D. *de his, qui sui vel al. jur. sunt* I, 6.

4) L. 6. C. *de cur. fur. vel prod.* V, 70.

5) *Chr. Thomasius* de praesumt. furoris atque dementiae. Hal. 1719. (u. in d. Diss. acad. T. IV.). — *C. L. Crell* obs. de probat. sanae mentis. Vit. 1737. — Berg §. 12.

6) Sie sind an sich noch verschieden von den blos Ungebildeten und Geschäftsunerfahrnen. Doch werden sie rechtlich mit diesen durch gleiche Ausdrücke bezeichnet; m. a. W. die Privilegien der mediocritas, rusticitas u. s. w. können sich auf Personen beziehen, die ihrer geistigen Organisation nach sehr unterschieden von einander sind. — Vgl. L. 25. §. 1. D. *de probat.* XXII, 3. L. 3. §. ult. D. *de suspect. tut.* XXVI, 10. L. 6. §. 19. D. *de excus. tut.* XXVII, 1. S. das Archiv f. civilist. Pr. II. Nr. 35. S. 446 fgg.

7) Arg. L. 13. pr. C. *arbitr. tut.* V, 31. — S. übrigens L. 2. D. *de postul.* — Vgl. *Stryk* l. c. c. III. §. 8. 9. *C. F. Hommel* Rhaps. quaestion. obs. 283. — Struben rechtl. Bed. Bd. I. Nr. 138. — S. auch noch *Stryk* D. de jure Analphabητῶν. Frcf. 1677.

§. 182.

II. Die juristische Rechtsfähigkeit (*Caput, status*).

Die juristische Rechtsfähigkeit läßt sich ihren Gründen und hauptsächlichen Wirkungen nach auf die drei Begriffe zurückführen: Freiheit, Civität, Familienrecht[1]); sie heißen die status[2]). Außer dieser technischen Bedeutung von status kommen auch manche Anwendungen des gewöhnlichen Wortbegriffs in den Rechtsquellen vor[3]). Diesen vulgären Begriff haben

die Neueren vorzugsweise vor Augen, wenn sie sagen: *status* sei eine Eigenschaft bestimmter Art, wovon Rechte und rechtliche Verschiedenheiten abhängen. Darnach theilen sie den status ein in den st. naturalis und civilis. Unter jenem verstehen sie die physischen Gründe der Rechtsfähigkeit und rechtlicher Verschiedenheiten, woraus sich die Bedeutung der Begriffe: st. humanitatis, nativitatis, aetatis, sexus, integritatis von selbst ergiebt. Den st. civilis theilen sie wieder ein in einen st. publicus und privatus. Jener begreift die status principales (nämlich libertatis und civitatis) und minus principales — st. existimationis, religionis, ordinis; für das Familienrecht bleibt dann der Begriff des status civilis privatus übrig [4]).

1) L. 11. D. *de cap. min.* IV, 5. „Capitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media, minima; *tria enim sunt, quae habemus: libertatem, civitatem, familiam.* — Vgl. L. 4. Th. C. (nach der Ausgabe von Wenck) *ad SCt. Claud.* (IV, 11.) „Quaecunque — — — *statum libertatis amittat.*"

2) S. Note 1. a. E. L. 2. D. *de in int. rest.* IV, 1. L. 9. §. 4. D. *de min.* IV, 4. L. 1. L. 4. D. *de cap. min.* (Vgl. auch §. 184.). — P. J. A. Feuerbach civilist. Versuche Nr. VI. — v. Löhr Magazin für R. W. u. Gesetzgeb. Bd. IV. Nr. I.

3) *Brissonius* v. *status* §. 2. 3. — Auch bei folgenden Aeußerungen: „cum ad statum suum pervenisset" (L. 77. §. 14. *de leg.* II.), „cum ad legitimum statum pervenerit" (L. 5. C. *quando dies leg. ced.* VI, 53.) liegt noch die Anwendung der vulgären Wortbedeutung zu Grunde.

4) Höpfner Comment. §. 62. *Waldeck* instit. jur. civil. Heinecc. §. 54.

§. 183.

Von den auf den status sich beziehenden Klagerechten.

Seinen status und die davon unmittelbar abhängigen Rechte macht man durch Präjudizialklagen geltend [1]), welche von den Neueren in affirmative und negative, und beide wieder in directae und contrariae eingetheilt werden [2]). Diese Klagen also sind anwendbar, wenn Freiheit und Ingenuität [3]), Civität überhaupt und bürgerliche Rechte [4]), so wie das Familienrecht zur Frage stehen, und in der letzteren Hinsicht klagen auf diese Weise nicht blos die Inhaber der Familien-Ge-

walt gegen die derselben unterworfenen Personen[4]), sondern auch diese auf Anerkennung ihres Familienrechts[5]). Es zeichnen sich diese Klagen auch ihrer Wirkung nach durch Singularitäten aus[7]). Dahin rechnet man a) die Wirkung des rechtskräftigen Erkenntnisses auch gegen Dritte[8]), und b) die Bestimmung, daß fünf Jahre nach dem Tode Jemandes ihm sein status nicht mehr bestritten werden soll[9]), obgleich ein besserer status ihm auch jetzt noch vindizirt werden kann[10]).

1) S. oben §. 138. Nr. I. 1.

2) J. L. Schmidt Lehrb. von gerichtl. Klagen u. Einr. §. 220—245. Vgl. auch *J. H. Boehmer* Doctr. de act. Sect. II. c. I. §. 6.

3) §. 13. I. *de act.* — a) Dig. (XL, 12.) u. Cod. (VII, 16.) *de liberali causa.* — Cod. (VII, 17.) *de adsertione tollenda.* Dig. (XL, 13.) u. Cod. (VII, 18.) *quibus ad libertatem proclam. non lic.* — Dig. (XLIII, 29.) *de homine lib. exhib.* — b) L. 6. D. *si ingen. esse dic.* XL, 14. — Vgl. L. 6. C. *ubi causa stat. agi deb.* III, 22.

4) a) *Suetonii* Vesp. c. 3. L. 1. 4. C. *ne de statu def.* VII, 27. — b) L. 37. pr. D. *ad municip.* L, 1. — Man pflegt diese Klage auch auf bestrittene Standes- und Meisterrechte anzuwenden. S. Glück Pand. III. §. 272. Note 51. S. 598. d. 2. A.

5) L. 1. §. 2. D. *de R. V.* VI, 1.

6) L. 3. §. 2. 4. 5. D. *de agn. et al. lib.* XXV, 3. — §. 13. I. *de act.* — Vgl. L. 9. C. *de patria potest.* VIII, 47.

7) S. auch L. 3. u. 4. C. *ubi causa stat. agi debeat.*

8) a) L. 25. D. *de st. hom.* I, 5. L. 5. C. *de ingen. manum.* VII, 14. — b) L. 1. in f. L. 2. u. 3. pr. D. *de agn. et al. lib.* — Vgl. übrigens oben §. 153. Note 11.

9) Dig. (XL, 15.) und Cod. (VII, 21.) *ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur.* — Vgl. L. 1. §. 1. u. 2. D. *h. t.* — Zimmern R. G. §. 118.

10) L. 3. D. *ne de st. def.* rel.

§. 184.

III. Erlöschung der Persönlichkeit. — *Capitis deminutio* *).

Die Persönlichkeit erlöscht durch den Tod, den natürlichen[1]) und den bürgerlichen, worunter man die capitis deminutio versteht, welche mit dem Verlust der öffentlichen Rechte verknüpft ist[1a]). Im Allgemeinen aber ist capitis deminutio das Aufhören eines bisherigen status[2]), weshalb es denn auch eine dreifache c. d. geben muß: die maxima, media und minima[3]). Die erstere besteht in der völligen Ver-

nichtung juristischer Persönlichkeit, oder in der Aufhebung des st. libertatis [4]); die zweite enthält den Verlust der Civität und ist namentlich mit dem Exil (aquae et ignis interdictio) und der Deportation verbunden [5]). Durch die minima c. d. hört das Familien-Recht im engeren Sinne, d. i. das Agnationsrecht (§. **204.**) auf [6]); da hiedurch die öffentlichen Rechte nicht vernichtet werden [7]), so wird sie auch als eine „c. d. salvo statu contingens" [8]), oder als minor c. d. im Gegensatz der magna [9]) bezeichnet. Die Wirkungen der c. d. anbelangend [9a]), so ist darüber zu bemerken: a) die civilrechtlichen Befugnisse gehen für den capite deminutus selbst immer verloren, insoweit das Vermögen aber an Andere kommt, nur die an die Person geknüpften [10]); nach Justinians Bestimmung aber sollen die an die Person geknüpften Gebrauchs- und Nutzungs-Rechte fremder Sachen durch minima capitis deminutio nicht aufhören [11]). b) Die natürlichen Verwandtschafts- und Adfinitäts-Rechte bleiben — einzelne Beschränkungen abgerechnet — Dem, welcher minimam c. d. erlitten hat, wogegen sie durch magna c. d. vernichtet werden [12]), und nur durch kaiserliche Gnade konnte der capite deminutus in der Regel dieselben wieder erhalten [13]); jedoch den in feindlicher Gefangenschaft befindlich gewesenen Bürgern gewährte das postliminium alle ihre früheren Rechte wieder [14]), ausgenommen den Besitz und die damit verbundenen Rechte [15]). c) Verwirkte Strafen lasten nach wie vor auf dem capite deminutus [16]); auch bleibt der capite deminutus selber naturaliter obligirt [16a]). Die übrigen Klagen werden bei magna c. d. als utiles wider den Inhaber des Vermögens gegeben [17]), bei minor c. d. bleiben die Forderungsrechte und Schulden „quae naturalem praestationem habere intelliguntur" [18]) unverändert, die civiles aber nur, sofern sie als Vermögensrechte auf einen Anderen übergehen; als Verbindlichkeiten erlöschen sie nach der Strenge des Rechts stets, weshalb es denn auch einer in integrum restitutio für die Gläubiger bedurfte [19]). Gegen die Schuldner des capite deminutus war eine solche nicht nöthig, da der Adrogator gleich einem Erben in die Forderungsrechte eintrat, ein Emanzipirter aber vorher, d. h. als filiusfamilias, nur solche Forderungsrechte

haben konnte, die durch c. d. überall nicht verloren gingen[20]). Dagegen schien es billig, die aus früheren Verhältnissen herrührenden Forderungen seiner Gläubiger gegen ihn etwas einzuschränken[22]).

*) Inst. (I, 16.) *de capitis deminutione*, u. Dig. (IV, 5.) *de capite minutis.*

1) *Cujacii* observat. III, 34.

1a) Ueber den heut. Gebrauch dieser Lehre s. Glück Pand. II. S. 200—202. Kleinschrod im neuen Arch. des Cr. R. II. Nr. III.

2) Pr. I. u. L. 1. D. *h. t.*

3) Pr. I. u. L. ult. D. *h. t.*

4) §. 1. I. *h. t.*

5) *Ulpiani* Fragm. XI. §. 11. — §. 2. I. *h. t.* — L. 5. §. 1. D. *h. t.* L. 7. pr. §. 2—5. D. *de interdictis et relegatis et deportatis* XLVIII, 21. — *Nic. Antonii* de exilio — libri tres (in *Meermani* thesauro T. III. — Nr. III. p. 1—190.). — Vgl. *Otto* ad §. 2. I. *h. t.* — Entgegenstehend ist nicht L. 5. §. ult. D. *de extraord. cognit.* (L, 13.) S. *Muretus* ad §. 2. I. cit. (in *Wateri* ed. Inst. cum *a Costae* adnot.) *Otto* l. l. Nr. 5. — Vgl. L. 5. D. *de interd. et releg.* (XLVIII, 22.) „Exilium triplex est: aut certorum locorum interdictio, aut lata fuga, ut omnium locorum inderdicatur praeter certum locum, aut [in] insulae vinculum, id est, relegatio in insulam." S. *Antonius* l. l. c. X. p. 30. 31. *a Costa* ad §. 2. I. *h. t.* *Schulting* in Prot. Pand. IV. T. V. §. 6.

6) *Ulpiani* Fr. XI. §. 13. §. 3. I. *h. t.* — *Vinnius* ad §. 3. I. *h. t.* nr. 3. — Gans Scholien zu Gajus S. 214 fgg. — Die neueste Schrift ist: *A. H. E. F. a Seckendorff* de capitis deminutione minima. Colon. 1828. 8.

7) L. 5. §. 2. L. 6. D. *h. t.*

8) L. 1. §. 8. D. *ad SCt. Tertull.* XXXVIII, 17. — Zwar meint *Ger. Noodt* (obs. II, 21.), daß gelesen werden müsse: „salvo statu *civitatis* contingens". — Indessen s. §. 3. I. *h. t.* „Minima c. d. est, cum et civitas et libertas retinetur, sed *status hominis* commutatur." Und ähnlich drückt sich auch Ulpian aus Fr. XI. §. 13. Vgl. *a Costa* ad Pr. I. *h. t.* — *Seckendorff* §. 2—6.

9) L. 1. §. 4. D. *de suis et legit. her.* XXXVIII, 16.

9a) Die weiter folgende Darstellung ist gegen die doctrina Pandectarum etwas verändert, besonders am Schluß.

10) *Gaji* Inst. III. §. 83. *Paulli* rec. sent. III. T. VI. §. 29. L. 1. D. *quib. mod. ususfr. amitt.* VII, 4. L. 2. pr. L. 8. D. *h. t.* S. übr. L. 10. D. *h. t.* „Legatum in annos — — — relictum, vel si habitatio legetur, morte quidem legatarii legatum intercidit, capitis deminutione tamen perseverat; quia tale legatum in facto potius, quam in jure consistat." Vgl. oben §. 75. a. E.

11) L. ult. C. *de usufruct.* III, 33.

12) §. 6. I. *h. t.* L. 4. §. 11. D. *de gradib.* XXXVIII, 10. L. 2. §. 2. D. *ad SCt. Tertull.* XXXVIII, 17.

13) L. 4. D. *de sent. passis* XLVIII, 23. L. 1. §. 4. D. *ad SCt. Tertull.* XXXVIII, 17. — Vgl. L. 7. D. *unde cogn.* XXXVIII, 8. — Wer die maxima c. d. erleidet, erhält schwerer seine dadurch verlornen

Rechte wieder, als Derjenige, welcher nur die Civität verloren hat. (L. 59. §. 1. u. 2 D. *de cond. et demonstr.* XXXV, 1.), indessen erhalten auch die Letzteren nach wiederhergestellter Civität ihre verlornen Rechte nicht vollständig wieder zurück. L. 5—7. C. *de sent. pass. et restit.* IX, 51.

14) Dig. (XLIX, 15.) *de captivis et de postliminio et redemtis ab hostibus.* — Cod. (VIII, 51.) *de postliminio reversis et redemtis ab hostibus.*

15) L. 12. §. 2. D. *de captiv. et de postlim.*

16) L. 2. §. 3. L. 7. §. 1. D. *h. t.*

16a) L. 2. §. 2. D. *h. t.*

17) L. 1. pr. D. *h. t.* „Pertinet hoc edictum ad eas capitis deminutiones, quae salva civitatate contingunt; ceterum sive amissione civitatis, sive libertatis amissione contingat c. d., cessabit edictum, *neque possunt hi penitus conveniri.* Dabitur plane actio in eos, ad quos bona pervenerunt eorum." — L. 7. §. 2. *eod.*

18) L. 8. D. *h. t.* Vgl. über diesen Ausdruck Burchardi Wiedereinsetzung in den vorigen Stand §. 17. S. 266. K. A. Schneider die allgemein subsidiären Klagen des R. R. S. 281 fgg. — S. auch die Note 21.

19) L. 2. §. 1. D. *h. t.* — Vgl. *Gaji* inst. III, 84. IV, 38. — L. 42. D. *de prod.* XV, 1. (Vgl. meine observ. jur. Rom. p. 14. 15.) Inst. Tit. *de acquisit. per arrogation.*

20) S. z. B. L. 9. D. *de O. et A.* — Hasse d. j. im Rhein. Mus. Bd. VI. S. 39 fgg.

21) L. 57. D. *de jud.* V, 1. L. 39. D. *de O. et A.* L. 141. §. 2. D. *de V. O.*

22) L. 2. pr. L. 3. D. *quod cum eo.* XIV, 5.

§. 185.

Von s. g. Commorienten, oder über Priorität des Todes*).

Ist es entschieden, daß Mehrere gestorben sind, gleichviel ob eines natürlichen Todes[1]), oder in Folge eines Unglücksfalls, ungewiß aber, Wer zuerst und Wer zuletzt gestorben sei, so giebt es gewisse Vermuthungen, die hierüber im Zweifel, d. h. wenn das Gegentheil nicht dargethan werden kann[1a]), zur Anwendung zu bringen sind: 1) Ist der Eine unmündig, der Andere mündig, so ist anzunehmen, daß Jener zuerst gestorben sei[2]). 2) Stehen die s. g. Commorienten zu einander in dem Verhältniß von Ascendenten und Descendenten, und diese sind mündig, so wird das Ueberleben der Letzteren präsumirt[3]). — Können diese Präsumtionen nicht zur Anwendung kommen, wie namentlich in dem Falle, wenn

Alle unmündig sind, so wird als Regel angenommen werden müssen, sie seien sämmtlich gleichzeitig gestorben, folglich die juristische Wirkung, welche davon abhängt, daß der Eine den Anderen überlebt habe, nicht eintreten[3a]). Dies ist auch der Fall, sobald zur Ausführung einer gesetzlichen oder Privat-Disposition es schlechthin nothwendig ist zu wissen, Wer vor dem Anderen gestorben sei[4]). Dagegen tritt die Disposition in Wirksamkeit, a) wenn lediglich der Buchstabe derselben dem Erfolg hinderlich, die Absicht aber nur darauf gerichtet ist, daß erst nach dem Tode sämmtlicher s. g. Commorienten das Recht eines Dritten wirklich werde[5]); b) in allen Fällen, wobei lediglich die Verwandlung eines bereits erfolgten aber widerruflichen Erwerbes in einen unwiderruflichen zur Frage steht[6]).

*) *H. Donelli* comment. ad Tit. D. *de reb. dub.* (in comment. jur. civ. ed. Hanov. p. 419—437.). — *Joh. Ferd. de Retes* ad L. 9. D. *de reb. dub.* (*Meermani* thes. T. VI. p. 365—378.). *Sam. Stryk* Tr. de succ. ab intest. D. X. (opp. praestantior. Vol. IV. p. 1048—1070.). *E. A. v. Voorst* de jure, quod oritur ex commorientibus (in *Oelrichs* thes. nov. diss. in acad. belg. habit. Vol. II. T. II. Cr. IX.). Meine Abh. üb. die Priorität des Todes (Archiv für civilist. Praxis IV. Nr. XXVII.). *T. H. F. Gaedcke* de jure commorientium. Rost. 1830. 8.

1) Arg. L. 11. pr. D. *de B. P. sec. tab.* XXXVII, 1. („— duobus peregre defunctis" —). Archiv f. civilist. Pr. S. 398. — A. M. ist *Gaedcke* l. l. p. 5 sqq.

1a) Ueber die Zulässigkeit eines künstlichen Beweises aus medizinischen Gründen vgl. meine Abh. S. 392 fgg. u. *Gaedcke* p. 21 sqq.

2) L. 9. §. 4. in f. L. 23. D. *de reb. dub.* XXXIV, 5. — L. 26. pr. D. *de pact. dotal.* XXIII, 4. L. 11. §. 1. D. *de capt. et postlim.* XLIX, 15. — Archiv f. civilist. Pr. S. 399—403.

3) L. 9. §. ult. L. 16. pr. D. *de reb. dub.* („Quod de pariter mortuis tractamus et in aliis agitatum est: ut ecce, si mater stipulata est, dotem a marito, mortua filia in matrimonio, sibi reddi, et simul cum filia perit: an ad heredem [*al.* et heredibus] matris actio ex stipulatu competeret? et D. Pius rescripsit, non esse commissam stipulationem: quia mater filiae non supervixit.") L. 22. D. *eod.* — L. 9. §. 1. *eod.* „Cum bello pater cum filio perisset, materque filii, quasi postea mortui, bona vindicaret, agnati vero patris, quasi filius ante perisset: D. Hadrianus credidit, patrem prius mortuum." Vgl. Archiv f. civilist. Pr. S. 403. u. 404. Note 17. — Von dieser Regel giebt es aber folgende Ausnahmen: a) L. 9. §. 2. *eod.* „Si cum filio suo libertus simul perierit, intestati patrono legitima perfertur hereditas, si non probatur supervixisse patri filius: *hoc enim reverentia patronatus suggerente dicimus.*" b) L. 17. §. 7. D. *ad SCt. Treb.* XXXVI, 1. Vgl. Glück Intestaterbfolge §. 8. S. 10. — Gädcke, welcher als Hauptgrundsatz das präsumtive Ueberleben des Stärkeren aufstellt, nimmt noch eine dritte Rechtsvermu-

thung an, nämlich im Zweifel soll, wenn die Commorienten sämmtlich mündig sind, der frühere Tod des Individuums weiblichen Geschlechts vermuthet werden; a. a. O. p. 38. p. 48 sqq. p. 121.

3 a) *Gaedcke* l. l. p. 123 sqq.

4) a) L. 34. D. *ad SCt. Treb.* („Si ejus, *qui novissimus ex filiis mortuus esset*, *partem hereditatis* propinquo voluit pater restitui, et simul fratres diem suum obiissent: propinquum, si non ostenderit, quis novissimus obiisset, ad partem hereditatis non admitti, sed matrem ex Tertulliano SCto ad utriusque hereditatem admitti constat.") L. 18. pr. und §. 1. D. *de reb. dub.* — b) L. 16. §. 1. L. 17. *eod.*

5) L. 9. pr. D. *de reb. dub.* (*Tryphon.* Lib. XXI. Disput. „Qui duos impuberes filios habebat, ei, qui supremus moritur, [*al.* moreretur, moriatur] Titium substituit: duo impuberes simul in nave perierunt. Quaesitum est, an substituto, et cujus hereditas deferatur? Dixi, si ordine vita decessissent, priori mortuo frater ab intestato heres erit, posteriori substitutus; in ea tamen hereditate etiam ante defuncti filii habebit hereditatem: in proposita autem quaestione, ubi simul perierunt, quia cum neutri frater superstes fuit, quasi utrique ultimi decessisse sibi videantur? an vero neutri, quia comparatio posterioris decedentis ex facto prioris mortui sumitur? Sed superior sententia magis admittenda est, ut utrique heres sit: nam et qui unicum filium habet, si supremum morienti substituit, non videtur inutiliter substituisse, et proximus adgnatus intelligitur etiam, qui solus est, quique neminem antecedit: et hic utrique, quia neutri eorum alter superstes fuit, ultimi primique obierunt." (S. Archiv f. civ. Pr. S. 414—418. und *Gaedcke* l. l. p. 90 sqq.). — L. 9. §. 3. *eod.*

6) L. 32. §. 14. D. *de donat. int. V. et U.* XXIV, 1. L. 8. D. *de reb. dub.* L. 26. D. *de m. c. d.* XXXIX, 6.

§. 186.

Von der Präsumtion des natürlichen Todes *).

Der Tod eines Menschen muß von Dem, welcher sich darauf beruft, erwiesen werden [1]). Ist Jemand indessen verschollen, d. h. seit langer Zeit von seinem früheren Wohnorte entfernt, ohne daß man hier über seinen Aufenthalt, oder von seinem Leben oder Tod etwas weiß, so wird er nach vergeblich erfolgter Edictal-Citation durch richterliches Decret für todt erklärt [2]). Uebrigens ist hier das Röm. Recht sehr dürftig [2 a]), und selbst darüber, in welchem Lebensjahre der Tod eines Verschollenen zu präsumiren sei? findet sich in demselben keine Bestimmung. Denn weder ist die Aeußerung: daß das menschliche Leben höchstens hundert Jahre währe [3]), hierauf zu beziehen [4]), noch die von Aemil. Macer referirte Mortalitäts-Tabelle Ulpians [5]), welcher die Röm. Praxis überhaupt

nicht folgte[5a]), deren Brauchbarkeit aber für Geschäfte, wobei Alles auf Berechnung der wahrscheinlichen Lebensdauer ankommt, von den Neueren gerühmt wird[6]). In Deutschland sieht man gewöhnlich das zurückgelegte siebenzigste Jahr eines Verschollenen als den Normalzeitpunct für die zu bewirkende Todeserklärung an[7]).

*) *Leyser* med. ad Pand. spec. 96.

1) Nov. 117. c. 11. *Leyser* spec. 95. u. spec. 96. med. 10. — Vgl. L. 2. §. 4. D. *test. quemadm. aper.* XXIX, 3.

2) Vgl. C. A. Haase über Edictalladungen u. Edictalprozeß außerhalb d. Conc. (Leipz. 1817.) S. 101—104. S. 111—136.

2a) Vgl. unten Bd. III. §. 608. Note 4.

3) L. 56. D. *de usufruct.* VII, 1. L. 8. D. *de usu et usufr. et red.* XXXIII. 2. L. 24. pr. u. §. 1. C. *de sacros. eccl.* I, 2.

4) *Leyser* sp. §. 6. m. 4. *Hofacker* princ. jur. civil. Rom. Germ. T. II. §. 1682. not. c.

5) L. 68. pr. D. *ad L. Falcid.* XXXV, 2. *Aemil. Macer* L. II. ad leg. vices. hered. „Computationi in alimentis faciendae hanc formam esse, Ulpianus scribit, ut a prima aetate usque ad annum vicesimum quantitas alimentorum triginta annorum computetur, ejusque quantitatis Falcidia praestetur: ab annis vero viginti usque ad annum vicesimum quintum, annorum viginti octo: ab annis viginti quinque usque ad annos triginta, annorum viginti quinque: ab annis triginta usque ad annos triginta quinque, annorum viginti duo: ab annis triginta quinque usque ad annos quadraginta, annorum viginti: ab annis quadraginta usque ad annos quinquaginta, tot annorum computatio fit, quod aetati ejus ad annum sexagesimum deerit, *remisso uno anno:* ab anno vero quinquagesimo usque ad annum quinquagesimum quintum, annorum novem: ab annis quinquaginta quinque usque ad annum sexagesimum, annorum septem: ab annis sexaginta, cujuscumque aetatis sit, annorum quinque: eoque nos jure uti Ulpianus ait, et circa computationem usufructus faciendam. Solitum est tamen, a prima aetate usque ad annum trigesimum computationem annorum triginta fieri, ab annis vero triginta, tot annorum computationem inire, quot ad annum sexagesimum deesse videntur: numquam ergo amplius quam triginta annorum computatio initur." — *F. A. Schmelzer* de probabilitate vitae ejusque usu forensi, comment. prior. Gott. 1787. 8.

5a) L. 68. pr. D. *ad L. Falcid. v.* „Solitum est" u. s. w.

6) *Schmelzer* l. l. praef. p. IV.

7) Gestützt auf Psalm XC. V. 10. — Vgl. *Hofacker* l. l. not. e. f. — Uebr. vgl. das Preuß. Landrecht Th. II. Tit. XVIII. §. 821—855.

Zweites Capitel.

Von der Civität.

Erste Abtheilung.

Die Civität Einzelner.

§. 187.

Allgemeine Begriffe.

So groß auch der Unterschied zwischen cives und peregrini ehemals im Röm. Reiche war, so darf man doch zur Zeit der ausgebildeten Jurisprudenz die Peregrinen im Ganzen als rechtsfähige Subjecte ansehen[1]), nur daß in der Regel[2]) nicht das eigenthümlich Röm. Recht auf sie angewandt wurde. Sitte und Gesetz gingen hierin immer weiter[3]), und so kann es denn als Regel angenommen werden, daß Peregrinen alle und jede Privatrechte haben können, welche nicht ihrer Natur nach oder durch positive Gesetze auf Bürger eingeschränkt sind[4]). In der Mitte zwischen Bürgern und Peregrinen stehen die incolae, d. i. bleibende Mitglieder eines Staats, denen aber die eigentliche Civität, d. i. die vollständige Rechtsfähigkeit im Staate, fehlt[5]). Dieser Unterschied aber erhielt sich nur noch in den Munizipien, als allen Bewohnern des Röm. Reichs die Civität zugestanden war[6]).

1) S. *Gaji* inst. IV. 105.

2) *Gaji* inst. I, 56. 57. IV, 37.

3) Auth. Frid. *omnes peregrini* Cod. *comm. de successionib.* VI, 59.

4) *Hofacker* princip. jur. civil. Rom. Germ. Höpfner u. Weber im Commentar §. 91.

5) L. 7. C. *de incolis* X, 39. („Cives quidem origo, manumissio, allectio, vel adoptio [Dirksen Abh. II. S. 508.], incolas vero, sicut et D. Hadrianus edicto suo manifestissime declaravit, domicilium facit.") L. 29. D. *ad municipalem* L, 1. — Vgl. *Cic.* de offic. I, 34. in f.

6) L. 17. D. *de statu homin.* L. un. C. *de dedit. lib. toll.* VII, 5. L. un. C. *de lat. lib. toll.* VII, 6. Nov. 78. c. 1. u. 5. — (*C. G. Haubold*) Pr. ex constitutione Imp. Antonini quomodo, qui in orbe Romano essent, cives Romani effecti sint. Lips. 1819. 4. — Vgl. unten §. 195.

§. 188.

Rechtliche Verschiedenheiten unter Bürgern.

Es können aber zwischen Denen, die als Bürger einem Staate oder einer Stadt angehören, noch rechtliche Verschiedenheiten Statt finden, und zwar so, daß Einige mehr Rechte haben, als gewöhnlich mit der Civität verknüpft sind, Andere weniger, wodurch denn freilich der Begriff der Civität als einer vollkommenen Rechtsfähigkeit modifizirt wird. I) Vorzüge genießen Manche ihres Standes halber, namentlich: die illustres[1]), die neuen Patrizier[2]), Senatoren und die von ihnen aus rechtmäßiger Ehe abstammenden Personen[3]), die zum Militär-Stande Gehörigen[4]), Geistliche[5]); Andere ihres Gewerbes wegen, als: professores und medici[6]), Advocaten[7]), Getraidehändler[8]) und Andere, deren Gewerbe des öffentlichen Nutzens wegen besondere Begünstigung zu verdienen schien[9]). II) Gemindert ist die regelmäßige Rechtsfähigkeit bald aus religiösen Rücksichten[10]), bald aus besonderen Gründen, welche eine Schmälerung der gewöhnlichen Ehrenrechte zur Folge haben. Von diesen soll jetzt besonders gehandelt werden.

1) L. 3. C. *de sportul.* III, 2. — L. 26. §. 1. C. *de usur.* IV, 32. — L. 5. C. *ad SCt. Orphit.* VI, 57. L. 60. 61. C. *de decur.* X, 31. Nov. 117. c. 4.

2) L. ult. C. *de consulib.* XII, 3. (*Muretus* zu §. 4. I. *quib. mod. jus patr. pot. solv.* — in dem Institutionen-Comment. von *a Costa* herausgeg. von *van de Water* — u. *Otto* zu derselben Stelle. — Vgl. Nov. 81. pr. und c. 1. §. 1. (auch *Isidori* orig. IX. Cap. 4. *Gothofr.* pr. 1050.)

3) L. 44. pr. D. *de ritu nupt.* XXIII, 2. — Vgl. *Heineccii* comment. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. c. 1. §. 2—4. 7. 8.

4) L. 42. D. *de test. milit.* XXIX, 1. (Vgl. *Plinii* epist. Lib. X. ep. 38. [41.] 39. [42.]) — Vgl. L. un. §. 1. D. *de bon. poss. ex test. milit.* XXXVII, 13. („Item navarchos et trierarchos classium jure militari posse testari, nulla dubitatio est. In classibus omnes remiges et nautae milites sunt.") L. 16. C. *de test. milit.* VI, 21. („Scriniarios vel apparitores, qui virorum magnificorum Magistrorum militum jussionibus vel actibus obtemperant, etsi nomina eorum matriculis militaribus referri videantur, nullatenus tamen in ultimis a se conficiendis voluntatibus juris militaris habere facultatem, decernimus.") — Dig. (XLIX, 16.) u. Cod. (XII, 36.) *de re militari.* — Ueber die wichtigeren Privilegien des Militärstandes s. a) L. 1. pr. D. *de test. milit.* — b) Dig. (XLIX, 17.) und Cod. (XII, 37.) *de castrensi peculio.* — c) L. 6. pr. u. L. 18. D. *de re*

jud. XLII, 1. — d) Oben §. 96. Note 16. — e) L. 3. 6. 8. C. *de rest. milit. et eorum, qui reipubl. causa absunt* II, 51. Tit. Cod. *de uxorib. mil. et eor., qui reip. c. abs.* II, 52. L. 3. 4. C. *de temporib. in int. rest.* II, 53. — f) L. ult. §. 15. C. *de jure delib.* VI, 30. — g) L. 3. §. ult. D. *de testib.* XXII, 5. — h) L. 3. §. 1. D. *de mun. et honor.* L, 4. (vgl. §. 14. I. *de excus. tut.* „Idem in milite observandum est, *ut nec volens ad tutelae munus admittatur.*") — i) L. 3. C. *de vectigal. et commiss.* IV, 61. — Insbesondere über die Veteranen und deren Privilegien s. m. Dig. (XLIX, 18.) u. Cod. (XII, 47.) *de veteranis.* — L. 26. D. *de test. milit.* L. 7. D. *de vacat. et excus. muner.* L, 5. — In Ansehung der noch nicht in numerum relati, oder der tirones s. L. 42. D. *de test. milit.* L. 4. §. 15. D. *de re milit.* — Vgl. v. Berg juriſt. Beobacht. u. Rechtsf. IV. Nr. XII.

5) Tit. Cod. *de episc. et cleric.* I, 3. Nov. 123.

6) §. 15. I. *de excus. tut.* L. 8. §. 4. L. 9. D. *de vacat. et exeus. mun.* L, 5. — L. 1. pr. u. §. 1. D. *de extraord. cognit.* L, 13. Tit. C. *de professorib. et med.* X, 52. — Vgl. Tit. C. *de stud. liberalib. urb. Rom.* XI, 18. — *E. T. Gaupp* de professoribus et medicis eorumque privilegiis in jure Romano. Vratisl. 1827. 8.

7) L. 1. §. 11. D. *de extr. cognit.* L. 6. C. *de advocat. divers. jud.* II, 7. L. 1. C. *quib. muner. excus. ii, qui post impl. militiam vel advocationem* rel. X, 55.

8) L. 9. §. 1. D. *de vac. et exeus. mun.* L. 5. §. 3. D. *de jure immunit.* L, 6.

9) L. 3. D. *de vac. et exc. mun.* L. 5. §. 12. L. 6. D. *de jure immunit.* L. 1. C. *de excus. artific.* X, 64. (vgl. *Jac. Gothofredus* zu L. 2. Th. CXIII, 4.).

10) a) Tit. Cod. *de Judaeis et Coelicolis* I, 9. S. (Göschen) Grundriß zu Pandektenvorlesungen S. 36—37. — L. 21. C. *de Haeret. et Manich.* — *Pufendorf* observ. jur. univ. T. I. obs. 195. und 208. — b) Tit. Cod. *de Haereticis et Manichaeis et Samaritanis* I, 5. — Nov. 109. c. 1. 2. Nov. 129. — c) Tit. Cod. *de Apostatis* I, 7. — d) Tit. Cod. *ne christianum mancipium Haereticus, vel Judaeus, vel Paganus habeat, vel possideat, vel circumcidat.* — e) Tit. Cod. *de paganis et sacrificiis et templis* I, 11. — Zimmern Gesch. d. R. R. §. 130.

§. 189.

Vom geschmälerten Ehrenrecht*); a) dessen Arten und Gründe.

Das Recht auf Ehre (existimatio), d. h. die durch Sitte und Gesetz bestimmte Würdigkeit und die davon abhängende Achtung[1]), ist entweder ganz vernichtet, oder nur verringert. Ersteres setzt allemal Vernichtung der juristischen Persönlichkeit voraus[2]), und es kann davon nur im Criminalrecht die Rede seyn. Die möglichen Arten der bloßen Ehrenschmälerung lassen sich im Ganzen[3]) auf drei Begriffe zurückführen:

die vorzugsweise s. g. infamia [4]) (von den Neueren auch inf. juris genannt), die turpitudo [5]) — s. g. infamia facti — und die levis nota [6]), auch wohl Anrüchigkeit genannt. I) Infamia ist die Schmälerung des Ehrenrechts wegen bestimmter, durch Edict oder Gesetz ausdrücklich bezeichneter Handlungen oder Gewerbe [7]). Man theilt sie ein in die mittelbare, welche erst durch ein richterliches Straferkenntniß vermittelt wird, und die unmittelbare, welche von selbst als Folge der infamirenden Handlung oder Lebensweise eintritt [8]). A) Die mittelbare Infamie setzt also ein richterliches Erkenntniß voraus, und zwar muß der Verurtheilte in eigner Sache, nicht blos als Vertreter eines Anderen aufgetreten seyn; war dies der Fall, so trat auch für den Prinzipal selbst keine Infamie ein [9]). Unter jenen Voraussetzungen nun erfolgte Infamie 1) so oft Jemand wegen eines publicum delictum im e. S. verurtheilt wurde [10]), so wie wegen gewisser extraordinaria crimina [11]), auch in Folge der Verurtheilung auf die actio furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo, ja in diesen Fällen stand ein Vergleich in Ansehung der infamirenden Wirkung dem richterlichen Erkenntnisse gleich [12]); 2) wenn die Verurtheilung aus gewissen contractlichen und quasicontractlichen Obligationen, welche vorzugsweise auf persönliches Vertrauen gegründet sind (Societät, Tutel, Mandat, Depositum), und zwar wegen Dolus und regelmäßig auf den Grund einer directa actio erfolgte [13]). B) Die unmittelbare Infamie soll eintreten 1) für die schimpflich aus dem Dienste entlassenen Soldaten [14]); 2) für diejenigen, welche um Lohn bei öffentlichen Spielen aufgetreten sind, oder auch ohne Lohn sich zu Thiergefechten hergegeben haben [15]); für Kuppler und feile Weibspersonen freien Standes [16]), so wie auch für Männer, qui corpore suo muliebria passi sunt [17]); 4) für die auf der That ertappten Ehebrecherinnen [18]); 5) für die Wittwe, welche innerhalb des s. g. Trauerjahres sich wieder verheirathet, oder einen unzüchtigen Wandel führt, sodann für den Vater derselben, welcher in eine solche Heirath einwilligt, und den Mann, welchem das Verhältniß bekannt ist, sofern er nicht blos auf Befehl seines Vaters handelte, in welchem Falle diesen die Infamie trifft, wie auch überhaupt, wenn er einwilligt [19]);

6) auch wegen Bigamie, ja schon wegen zwiefacher Sponsalien zu derselben Zeit tritt Infamie ein, imgleichen für den Vater, welcher dazu seine Einwilligung giebt[20]); ferner wird infamis 7) der wissentlich sich mit einer Frau, die er nicht heirathen darf, verheirathet oder verlobt[21]), 8) der Vormund, welcher sich oder seinen Sohn mit seiner Pflegbefohlnen verheirathet, so lange noch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ihn aus seiner Verwaltung möglich ist[22]), 9) die Frau, welche einer vorgespiegelten Schwangerschaft wegen eine Mission (b. p. ventris nomine) erhalten hat, nicht minder ihr Vater, der darum weiß[23]), 10) Wucherer, zu denen auch Alle gerechnet werden, die Zinsen von Zinsen nehmen[24]). Außerdem giebt es noch andere, durch Röm. Recht, can. Recht und deutsche Reichsgesetze bestimmte, hier aber nur anzudeutende Fälle der Infamie[25]).

*) *H. Donelli* comment. jur. civ. Lib. XVIII. c. 6—8. — E. F. Hagemeister üb. die wesentl. Unterschied zwischen d. Röm. infamia u. d. Deutschen Ehrlosigkeit, in Hugo's civ. Mag. III. Nr. VIII. — C. C. Dabelow Handb. d. Pand. Rechts III. (Halle 1818.) S. 59—143. — *G. C. Burchardi* D. de infamia ex disciplina Romanor. Kil. 1819. — F. Walter über Ehre u. Injur. nach R. R. (Neues Archiv d. Crim. R. Bd. IV. Nr. V. u. XII.). — T. Marezoll üb. die bürgerl. Ehre, ihre gänzl. Entziehung u. theilweise Schmälerung. Gieß. 1824.

1) L. 5. §. 1. D. *de extraord. cognit.* L, 13.

2) L. 5. §. 3. D. *de extr. cognit.* — (Vgl. L. 28. §. 1. D. *de poenis* XLVIII, 19. „Caeterae poenae *ad existimationem, non ad capitis periculum pertinent.*") — Hagemeister S. 168. Note *. S. 179—189. Walter S. 116 fgg. S. 134. 135. — Marezoll a. a. O. I. Abschn. II.

3) Indessen giebt es im Röm. Recht noch manche Nüancirungen und Abstufungen dieser Begriffe, auch noch Ehrenschmälerungen geringerer Art, als die levis nota. M. s. z. B. L. 1. §. 5. („— item *personas turpitudine notabiles*") u. 8. D. *de postul.* III, 1. L. 1. pr. D. *ad Leg. Jul. de vi priv.* XLVIII, 7. („— omni honore, *quasi infamis*, ex SCto carebit.") L. 12. D. *de decurionib.* L, 2. („— nec infames sunt. Sed *ne honoribus quidem arcentur.*") L. 13. *eod.* L. 5. §. 2. D. *de extraord. cognit.* L, 13. L. 4. C. *h. t.* — Vgl. auch die beiden folg. §§. — Indessen hievon abgesehen, so wie von den Modificationen, welche diese Begriffe unter dem Einflusse neuerer Sitten und Gesetze angenommen haben, lassen sich selbst für das geltende Recht die Ehrenschmälerungen im Allgemeinen darauf zurückführen.

4) S. z. B. L. 3. §. 5. in f. D. *de testib.* XXII, 5. L. 2. pr. in f. D. *de obseq. parent. et patr. praest.* XXXVII, 15. — Marezoll a. a. O. I. Abschn. III. 3. 4.

5) Daß der Ausdruck turpitudo auch bisweilen in einem allgemeineren Sinne genommen wird (z. B. in L. 1, §. 5. D. *de postul.*), ist noch

kein Grund, die infamia facti und juris für gleichbedeutende Begriffe zu halten. S. auch den folg. §. Note 26. 27.

6) L. 27. C. *de inoff. test.* III, 28. — Vgl. L. 1. u. 3. Th. C. *eod.* II, 19. — Marezoll a. a. O. I. Abschn. III. §. 5.

7) Dig. (III, 2.) *de his, qui not. infamia* (über die inscr. der L. 1. s. *Schulting* enarr. part. primae Dig. h. t. §. 3.). Cod. (II, 12.) *ex quib. causs. infamia irrogatur*, (X, 57.) *de infamibus.* — Ueber die einzelnen Gründe der Infamie s. *Noodt* ad Dig. Tit. III, 2. — Tab. Heracl. c. VIII. u. dazu *H. E. Dirksen* observat. ad Tab. Her. part. alt. (Berol. 1817.) p. 71—156. Göschen Grundriß S. 31—35. §. 44.

8) Manche verwerfen diesen Unterschied, z. B. Dabelow a. a. O. S. 69—73. S. indessen L. 4. §. 4. D. *h. t.* L. 43. §. 12. in f. D. *de ritu nupt.* XXIII, 2. L. 5. 12. 14. C. *h. t.* S. auch die folg. Noten.

9) L. 4. §. 5. L. 6. §. 1. 2. L. 13. §. 1. L. 14. D. *h. t.* — L. 13. §. 5. und 6. *eod.* Ueber die einzelnen Gründe s. *H. Donellus* l. l. c. VIII. — Marezoll a. a. O. I. Abschn. IV. §. 3. und Göschen S. 33.

10) L. 7. D. *de publ. jud.* XLVIII, 1. (vgl. L. 1. D. *eod.* u. §. 3 sqq. I. *eod.*). — S. auch L. 22. D. *h. t.* „JCtus fustium infamiam non importat, sed causa, propter quam id pati meruit: si ea fuit, quae infamiam damnato irrogat. In caeteris quoque generibus poenarum eadem forma statuta est." — *Hofacker* princ. jur. civ. R. G. §. 322. not. a.

11) L. 4. §. 4. D. *h. t.* L. 1. 3. D. *de sepulchro viol.* XLVII, 12. L. 4. D. *de praevaric.* XLVII, 15. L. 12. C. *h. t.* — L. 13. §. ult. D. *h. t.* vgl. mit L. 2. D. *stellionat.* XLVII, 20. Ueber die Vereinigung dieser Stellen s. *Cujacii* obs. X, 26. *Schulting* zu dieser Stelle §. 7. Marezoll S. 134 fgg.

12) L. 4. §. 5. D. *h. t.*

13) §. 2. I. *de poena temere ligitant.* (Vgl. §. 142 Nr. 4. u. Note 9.)

14) L. 1. L. 2. pr. §. 1—4. D. *h. t.* L. 3. C. *de re milit.* XII, 36. — Marezoll a. a. O. Abschn. IV. §. 2.

15) L. 1. L. 2. §. 5. L. 3. L. 4. pr. §. 1. D. *h. t.* L. 1. §. 6. D. *de postul.* III, 1. — S. auch *Ciceronis* fragm. quoddam in der von Majus herausgeg. Schr. de republica IV, 10.

16) L. 1. L. 4. §. 2. L. 24. D. *h. t.* L. 43. pr. u. §. 1—9. D. *de ritu nupt.* XXIII, 2.

17) L. 1. §. 6. D. *de postul.* L. 31. C. *ad L. Jul. de adult.* IX, 9.

18) L. 43. § 12. D. *de ritu nupt.*

19) L. 1. pr. D. *h. t.* („— intra id tempus, quo elugere virum moris est." Vgl. Vat. Fr. §. 320. 321. Niebuhr röm. Gesch. Bd. I. S. 304—315. 3te A. *de Buchholtz* ad Vat. Fragmenta p. 279 sqq. in der Note *quem annum.*). L. 11. §. 1. 3. 4. L. 12. 13. pr. D. *h. t.* L. 15. C. *h. t.* Nov. 39. c. 2. §. 1. — Uebr. s. c. 4. 5. X. *de sec. nupt.* IV, 21.

20) L. 1. L. 13. §. 1—5. D. *h. t.*

21) L. 13. §. 4. D. *h. t.*

22) L. 66. D. *de ritu nupt.* L. 7. C. *de interd. matrim. int. pup. et tut.* V, 6. — Ob auch der Sohn selber infamirt werde? darüber s.

Glück Pand. III. §. 379. Note 85. — Vgl. auch *Hofacker* §. 321. II, 3. und unten Bd. III. §. 505. a. E.

23) L. 15—19. D. *h. t.*

24) L. 20. C. *h. t.*

25) M. s. namentlich: a) Tab. Heracl. c. VIII. lin. 39. (*Dirksen* l. l. p. 99—101.). Vgl. *Cicero* de legib. II, 9. („Perjurii poena divina exitium, humana dedecus.") De off. I, 3. — b) L. 42. D. *de injur.* XLVII, 10. — c) L. 6. §. 3. D. *de decur.* L, 2. — d) L. 2. C. *de legib.* I, 14. — e) L. 41. C. *de transact.* II, 4. — f) Arg. L. 11. C. *h. t.* (vgl. *Dirksen* l. l. p. 101—110.). — g) L. 35. C. *de loc. et cond.* IV, 65. — h) L. 5. §. 1. C. *ad L. Jul. maj.* IX, 8. — Außerdem aber 1) Auth. Frid. I. *habita* C. *ne fil. pro patre* (vgl. v. Savigny Gesch. d. R. R. im Mittelalter III. S. 152 fgg.); 2) Auth. Frid. II. (*Gazaros* C. *de Haeret. et Manich.* I, 5. *agricultores* C. *quae res pign. obl. poss.* VIII, 17.), 3) c. 4. qu. 4. C. III. — c. 2. qu. 2. u. 3. C. XXXV.), 4) Reichsabsch. v. 1551. §. 80.

§. 190.

II) Infamia facti oder turpitudo ist die Verächtlichkeit, welche Jemandem wegen verächtlichen und unsittlichen Wandels anklebt. Sie trat gewissermaaßen an die Stelle der nota censoria, d. h. sie hatte rechtliche Bedeutung und Folgen, ungeachtet ihr Grund nicht in Verletzung eigentlicher Rechtsgesetze, sondern nur in der offnen und offenkundigen Verletzung der Sitten- und Anstands-Gesetze zu suchen ist[26]), m. a. W. in der Verächtlichkeit, welche Jemand sich durch seine Handlungs- und Lebensweise zuzieht[27]). III) Die levis nota des Römischen Rechts hängt mit einem viel weiter gehenden, übrigens zunächst nur innerhalb des Kreises der Municipien ausgebildeten Unterschied der Standes- und Ehrenrechte zusammen, mit dem Begriff der humiliores oder plebeji, im Gegensatz der honestiores[28]). Dieser Ausdruck wird hier nicht in seiner gewöhnlichen Bedeutung genommen, nämlich nicht in Beziehung auf Sittlichkeit und Anstand[29]), sondern in einer technischen, einen höheren Stand bezeichnenden (den Stand der Honoratioren), so daß er auch von den mit infamia juris oder facti Behafteten in Anspruch verstanden werden darf[30]). Darunter nun wurden, in späterer Zeit wenigstens, die honorati, curiales und possessores verstanden[30a]); die übrigen hießen plebeji, und nicht nur ihr Stand, sondern in mancher Hinsicht auch ihr Rechtszustand war ein geringerer[31]). Durch Aufnahme in den Decurionen-Se-

nat oder Erwerbung eines größeren Grundbesitzes konnten die Plebejer die Rechte der Honoratioren erlangen; unter ihnen gab es aber solche, die durch eine eigenthümliche Ehrenmakel bezeichnet waren[32]) (bisweilen auch wohl vorzugsweise plebeji genannt; s. die Noten **33. 34.**). Diese Ehrenschmälerung erscheint bald als Strafe[33]), bald als Folge eines verachteten Gewerbes, schmutziger Armuth[34]), oder der Abstammung von ehemaligen Unfreien, Schauspielern und anderen verachteten Personen — obscuro loco nati nataeve[35]). Auch die spurii waren in einiger Beziehung rechtlich etwas zurückgesetzt, obgleich sie nicht eigentlich zu der so eben bezeichneten Menschenklasse gehörten[36]). Es ist nur mit Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß lediglich die Ehrenschmälerung der zu dieser Klasse gehörigen Personen von K. Constantin durch levis nota bezeichnet wird[37]). Aus diesem Grunde sowohl, als weil die persönlichen und Standes-Verhältnisse überhaupt nicht füglich mehr nach Röm. Recht beurtheilt werden können, ist die Frage: wer zu den s. g. anrüchigen Personen gehöre, in Deutschland lediglich nach deutschen Gesetzen zu bestimmen[38]). — Uebrigens können mehrere Gründe einer Ehrenschmälerung bei einem Individuum zusammentreffen[39]), in welchem Falle denn auch die mit jeder verknüpften besonderen Nachtheile und Zurücksetzungen eintreten.

26) L. 3. pr. D. *de testib.* XXII, 5. L. 2. pr. D. *de obseq. parent. et patr. praestand.* XXXVII, 15. L. 39. D. *de furt.* XLVII, 2. L. 25. C. *ad Leg. Jul. de adult.* IX, 9. L. 2. C. *de dignit.* XII, 1. („Neque famosis et notatis, et quos scelus aut vitae turpitudo inquinat, — dignitatis portae patebunt.") Vgl. auch L. 17. §. 13. D. *de injur.* XLVII, 10. u. L. 11. §. 1. D. *de dolo malo* IV, 3. — A. M. ist *H. Donellus* (l. l. c. VI. u. Lib. VI. c. XV.) und *Burchardi* cit. diss. §. 11—14. — Daß die Ehre eines Menschen nicht von bloßen Gerüchten und Klätschereien abhängig gemacht werden darf, versteht sich von selbst (s. Walter a. a. O. S. 123.); dies aber kann kein Grund seyn es abzuläugnen, daß auch mit einem verächtlichen Lebenswandel rechtliche Nachtheile verknüpft seyn können. (Vgl. L. 20. D. *h. t.* u. L. 19. C. *eod.* II, 12.). — S. auch Marezoll a. a. O. I. Abschn. V. §. 1. S. 270—276.

27) Darum nennt Ulpian diese Verächtlichkeit ignominia facti, ähnlich dem heut. Ausdruck: infamia facti. S. L. 390. *de furt.* XLVII, 2. — Der deutsche Ausdruck „Anrüchigkeit" würde übrigens für dies geringere Ehrenrecht passender seyn, als für die levis nota.

28) Marezoll a. a. O. I. Abschn. V. §. 2.

29) Wie z. B. in L. 46. §. 1. D. *de V. S.* L. 2. C. *de his, qui ven. act. impetr.* II, 45.

30) S. z. B. L. 1. §. 1. D. *de effractor.* XLVII, 18. „Expilatores, qui sunt atrociores fures, — in opus publicum — dari solent: *honestiores autem* ordine ad tempus moveri." *rel.* Vgl. auch *Brissonius* v. *honestus* §. 1. — L. 3. §. 4. D. *de liber. exhib.* XLIII, 30. L. 17. §. 13. D. *de injur.* XLVII, 10.

30a) Vgl. v. Savigny Gesch. d. R. R. im Mittelalter Bd. I. Cap. II. S. 59 fgg.

31) S. L. 2. §. 2. D. *de decur.* L, 2. „— et quidem, quantum pertinet, ne fustibus castigetur, et ne in metallum detur, non nocet plebejo patre esse natum, si postea honor decurionis patri eorum accesserit. In avo quoque Papinianus idem respondit, *ne patris nota filius maculetur.*" — Vgl. den folg. §., auch Burchardi Grundz. d. Rechtsf. d. Römer (Bonn 1822.) S. 265 fgg.

32) *J. G. Heineccii* D. de levis notae macula (in opusc. varior. syll. Nr. VII.) §. 32.

33) *Cicero* or. pro Cluent. c. 43. in f. — *Gellius* N. A. XVI. c. 13. post med. — L. 12. C. *de dignit.* XII, 1. „Judices, qui se furtis et sceleribus fuerint maculasse convicti, ablatis codicillorum insignibus, et honore exuti, inter pessimos quosque et plebejos habeantur, nec sibi posthac de eo honore blandiantur, quo se ipsos indignos judicaverunt."

34) *Cicero* or. pro Rabir. c. 5. L. 12. D. *de decurion.* L. 5. Th. C. *de bon. proscript.* IX, 42. („— si locupletes sint, proscriptione puniri, *si per egestatem abjecti sunt in faecem vilitatemque plebejam*, damnatione capitali debita luere detrimenta.") L. 6. C. *de dignit.*

35) L. 44. D. *de ritu nupt.* XXIII, 2. — Vgl. L. 3. Th. C. *de inoff. test.* II, 19. L. 3. Th. C. *de libert. et eor. liber.* IV, 11. S. übr. L. 9. C. *de dignit.* XII, 1.

36) L. 3. §. 2. u. L. 6. pr. D. *de decur.* — *Heineccius* l. l. §. 32. p. 309. — Schon das can. Recht geht hierin weiter: c. 14. u. 18. X. *de fil. presbyt.* I, 17., u. c. 13. X. *qui fil. sint legit.* IV, 17.

37) L. 3. Th. C. *de inoff. test.* Vgl. L. 27. Just. C. *eod.* (III, 28.).

38) S. den Reichsschl. von 1731. §. 4. u. 11. — *Heineccius* l. l. §. 35. Glück Pand. B. V. §. 385. — Ueberhaupt s. man über die heutige Anwendbarkeit der Röm. Begriffe, so wie über die eigenthümlich deutschrechtlichen Begriffe in Ansehung der Ehre und der Ehrenschmälerung Marezoll a. a. O. S. 290—400.

39) S. z. B. den oben §. 191. I. B. Nr. 3. angeführten Grund der Infamie.

§. 191.

b) Nachtheile des verminderten Ehrenrechts *).

Diese Nachtheile sind entweder gemeinschaftliche (s. z. B. Note **1. u. 3.**), oder sie beziehen sich auf einzelne Arten der Ehrenschmälerung, oder auf einzelne Gründe derselben. Die hier besonders auszuzeichnenden Wirkungen der Ehrenschmälerung sind: **1)** die Ausschließung von Ehren und Würden, wel-

che für alle drei Klassen gilt[1]); die infames und mit der levis nota Behafteten müssen auch die bereits erhaltenen Ehrenstellen aufgeben, die turpes aber können nur keine erhalten[2]). 2) Der Vorzug einer turpis persona im w. S., d. h. einer mit der infamia juris, infamia facti, oder der levis nota behafteten Person, begründet die querela inoff. test. für Geschwister[3]). 3) Für intestabiles[4]) sind erklärt die in einem judicium publicum Verurtheilten und die (zu den turpes gezählten) Verschwender im juristischen Sinne[5]); die übrigen zu einer der drei Klassen gehörigen Personen haben die testamentifactio[6]), als Beweiszeugen sind sie jedoch nicht ohne Prüfung der Gründe, worauf ihre Ehrenschmälerung beruht, zuzulassen, wonach denn ihrem Zeugnisse häufig die volle Beweiskraft zu versagen seyn wird[7]). 4) Der Gebrauch der de dolo actio ist den turpes und humiles nur bedingungsweise zugestanden[8]). 5) Die infames und turpes dürfen in der Regel nicht für Andere das Wort im Gerichte führen (postulare)[9]), oder Criminalanklagen und Popularklagen anstellen[10]). 6) Verbrechen werden gegen famosi aller Art strenger geahndet, als gegen Personen von unbescholtener Ehre[11]), und die Strafe des Aushauens mit Ruthen wird nur gegen plebeji verfügt[12]). 7) Freigeborne Männer von unbescholtener Ehre dürfen dürfen sich mit feilen Frauenspersonen, Kupplerinnen, oder von Kupplern freigelassenen Weibern, ferner mit solchen, die in einem publicum judicium verurtheilt, oder im Ehebruch ertappt, oder für Geld in öffentlichen Spielen aufgetreten sind, nicht verheirathen; Senatoren und deren Descendenten auch mit denen nicht, welche durch levis nota bezeichnet sind[13]). 8) Den turpes steht das Recht der väterlichen Gewalt nicht so uneingeschränkt zu, wie Andern[14]). 9) Auch sind sie von Vormundschaften ausgeschlossen[15]), wozu andere Notirte zugelassen werden, obgleich ihnen die satisdatio nie erlassen werden darf[16]). — Außerdem gab es noch andere, hier weniger zu beachtende Nachtheile der geschmälerten Ehre[17]).

*) Marezoll a. a. O. I. Abschn. IV. §. 5. 6. Abschn. V. §. 1. S. 276—282. §. 2. S. 288 fgg.

1) L. 1. pr. D. *ad L. Jul. de vi priv.* XLVIII, 7. L. 2. L. 6. L. 12. C. *de dignit.* XII, 1. L. 40. D. *de injur.* XLVII, 10. L. 4. §. 1.

D. *de legation.* L, 7. — Die nicht mit der levis nota behafteten Plebejer wurden zu den honores zugelassen (L. 2. §. 2. D. *de decurion.* L, 2. L. 7. pr. L. 14. §. 3. 4. *de mun. et hon.* L, 4.); hatten sie aber die schimpfliche Strafe des Auspeitschens erduldet, so wurden die honestiores ihnen vorgezogen. L. 12. D. *de decurion.* — Vgl. auch L. 2. D. *de offic. adsessor.* I, 22.

2) L. 8. C. *de decur.* X, 31. L. 6. C. *de dign.*

3) L. 27. D. *de inoff. test.* III, 28.

4) L. 26. D. *qui test. fac. poss.* XXVIII, 1. §. 6. I. *de testam. ord.* u. das. *Theophilus.* — Vgl. *Vinnius* zu dems. §. Nr. 5. — Marezoll a. a. O. I. Abschn. III. §. 2.

5) L. 14. L. 15. pr. L. 18. D. *de testib.* XXII, 5. L. 18. D. *qui test. fac. poss.* — (Ueber Lesart und Interpretation der L. 20. §. 5. D. *qui test. fac. poss.* und L. 13. D. *de testib.* s. *Burchardi* a. a. O. S. 26.)

6) Die Intestabilität der Häretiker und Apostaten beruht auf besonderen Gründen. L. 4. C. *de Haeret.* I, 5. L. 3. C. *de Apostat.* I, 7.

7) *Pauli* S. R. V. Tit. 15. §. 1. L. 3. pr. u. §. 5. D. *de testib.* L. 18. C. *eod.* IV, 20. Nov. 90. c. 1. — c. 11. qu. 3. C. IV. — c. 54. X. *de testib.* II, 20. c. 7. X. *de testib. cog. v. non* II, 20.

8) L. 11. §. 1. D. *de dolo malo* IV, 3.

9) L. 1. §. 5. 8. D. *de postul.* III, 1. Vgl. L. 3. §. 6. in f. und §. 11. *eod.* u. Vat. Fragm. §. 323. — Später war dies kein Hinderniß mehr, §. ult. I. *de exceptionib.* (vgl. *Burchardi* §. 14. not. 138. Zimmern Rechtsgesch. §. 128. a. E. u. Note 41.), doch ist es wieder hergestellt in c. 1. 2. qu. 7. C. III.

10) L. 4. D. *de popul. act.* XLVII, 23. L. 4. L. 8. D. *de accusat.* XLVIII, 2. — Vgl. L. 15. C. *de his, qui acc. non poss.* IX, 1. u. L. 7. pr. *ad L. Jul. Majest.* XLVIII, 4.

11) L. 28. §. 16. D. *de poenis* XLVIII, 19.

12) L. 28. §. 2. D. *de poen.* L. 2. §. 2. u. §. 12. D. *de decur.* L, 2. — L. 5. C. *h. t.* — Vgl. §. 4. I. *de publ. jud.* L. 3. §. 16. D. *de susp. tut.* XXVI, 10. L. ult. D. *de sepulchro viol.* XLVII, 12. L. 1. §. 1. D. *de effractorib.* XLVII, 18. L. 6. pr. D. *ad L. Jul. pecul.* XLVIII, 13. — S. auch L. 11. C. *de quaest.* IX, 41.

13) *Ulpiani* Fr. XIII. L. 23. 24. 27. 43. 44. D. *de ritu nupt.* XXIII 2. — L. 1. §. 1. L. 3. pr. D. *de concubin.* XXV, 7. — Uebr. s. L. 23. 28. 29. C. *de nupt.* V, 4. Nov. 78. c. 3.

14) L. 3. §. 4. D. *de lib. exhib.* XLIII, 30. L. 17. §. 13. D. *de in jur.* XLVII, 10.

15) L. 17. §. 1. D. *de test. tut.* XXVI, 2.

16) L. 5. §. 1. D. *de legit. tut.* XXVI, 4. — Vgl. L. 17. §. ult. D. *de test. tut.* L. 1. §. 6. D. *de postul.* L. un. C. *de infamib.* X, 57.

17) S. z. B. a) L. 4. §. 6. 7. D. *de re milit.* XLIX, 16. L. 3. C. *eod.* XII, 36. — b) L. 2. §. 4. D. *de his, qui not. inf.* — c) L. 37. pr. D. *de oper. libert.* XXXVIII, 1. — d) L. 24. pr. D. *de L. Jul. de adult.* XLVIII, 5.

§. 192.

c) Herstellung des vollen Ehrenrechts.

I) Die Infamie wird aufgehoben a) durch famae restitutio, gehe sie von landesherrlicher Gnade oder vom Richter aus[1]); b) durch Ablauf der Strafzeit, wobei denn wieder der Grund der Strafe[2]), so wie die Art derselben in Betracht kommt, dergestalt, daß im Fall einer Verurtheilung zur öffentlichen Arbeitsstrafe auch nach abgelaufener Strafzeit die Infamie fortbesteht[3]), wogegen sie, wenn zeitige Absetzung oder Suspension erkannt ist, nach beendigter Strafzeit von selbst aufhört, wenn aber Verweisung (Relegation) verfügt ist[4]), der Verwiesene nach seiner Zurückkunft noch auf eben so lange Zeit von Ehrenstellen ausgeschlossen ist, als seine Verweisung dauerte[5]), mit der sonderbaren Einschränkung, daß eine ungewöhnlich harte Strafe bewirkt, daß der Verwiesene sogleich nach seiner Zurückkunft das volle Ehrenrecht wieder hergestellt erhält[6]). II) Die infamia facti hört von selbst wieder auf, sobald entschiedene Beweise eines gebesserten Lebenswandels vorhanden sind[7]). III) Die levis nota der Libertinen wurde durch natalium restitutio mittelst eines kaiserlichen Rescripts getilgt[8]); wahrscheinlich war dies auch in Ansehung derer der Fall, welche ihrer Geburt oder ihres Gewerbes wegen, oder zur Strafe in diese Klasse gesetzt wurden; die sonst dahin gehörigen Personen erhielten das volle Ehrenrecht wohl schon in Folge ihrer veränderten Vermögensumstände und Lebensweise wieder[9]).

1) L. 1. §. 9 10. D. *de postul.* III, 1. (S. *Hofacker* princ. jur. civ. R. G. §. 326. I.). — Vgl. auch L. ult. C. *de generali abolit.* IX, 43. (L. 5. Th. C. *de indulgent. crimin.* IX, 38. und das. *Jac. Gothofredus.*) L. 7. C. *de sent. pass. et rest.* IX, 51. — Marezoll a. a. O. I. Abschn. IV. §. 7. Nr. 1.

2) L. 4. §. 4. D. *de re milit.* XLIX, 16. L. 5. D. *de decur.* L, 2. — Vgl. *Jo. Voet* Pand. *h. t.* §. 7.

3) L. 6. C. *ex quib. caus. infam. irr.* — Marezoll I. Abschn. IV. §. 7. Nr. 2.

4) L. 8. D. *de postul.* L. 3. §. 1. D. *de decur.* L. 1. C. *de his, qui in exil. dati vel ab ord. moti sunt* X, 59. L. 3. C. *ex quib. c. inf. irr.* — Abweichend scheint Papinian gewesen zu seyn. L. 15. pr. D. *ad munic.* L, 1.

5) L. 2. C. *de his, qui in exil.* Vgl. L. 15. pr. D. *ad munic.*

6) L. 13. §. 7. D. *de his, qui not. inf.* L. 15. pr. D. *ad munic.* („— durioribus etenim poenis affectos ignominia, velut transactio negotio, liberari.") L. 5. D. *de decur.* („ad tempus autem exulare jussos ex crimine leviore, velut transacto negotio, non esse inter infames habendos.") — L. 4. C. *ex quib. c. inf. irr.* „Si Posidonium in tempus anni relegatum, sententiam non excessisse proconsulis probaveris, quinque annis exilio temporali damnandum inter infames haberi non oportet: quoniam sententiae severitas cum caeteris damnis transigere videtur." — S. auch *Cramer* (Dispunct. jur. civ. c. 1. p. 10 sqq.), welcher, gestützt auf ein Scholium des Thaleläus (Basil. T. II. p. 644. not. f.) folgende Emendationen vorschlägt: „Si (i. e. *cum*) Posidonium in tempus anni relegatum, *secundum* sententiam non excessisse proconsulis (oder auch: *provinciam*) probaveris." Auch soll nach Cramer das Recht nach Befinden eine härtere als die gesetzliche Strafe auszusprechen blos den Präsides der Provinzen zugestanden haben, wegen L. 10. §. ult. D. *de poenis* (a. a. O. S. 1—4.). Vgl. auch Marezoll I. Abschn. IV. §. 7. Nr. 2.

7) Vgl. L. 1. pr. in f. D. *de cur. fur. dando* XXVII, 10.

8) Dig. (XL, 11.) *de natalib. rest.* u. Cod. (VI, 8.) *de jure aureor. annulor. et de nat. rest.* — S. auch Nov. 78. c. 1. und §. 190. Note 35.

9) Arg. L. 2. §. 2. 3. D. *de decur.* L. 7. pr. D. *de mun. et honor.* L, 4.

§. 193.

Von bürgerlichen Lasten und Rechten *).

Der Inbegriff aller bürgerlichen Pflichten und Rechte, soweit sie mit dem Gemeinwesen in Verbindung stehen, läßt sich durch munus bezeichnen [1]). Ist damit eine Ehrenauszeichnung verbunden, so heißt es honor [2]), und wird alsdann auch wohl dem munus im e. S. als Inbegriff bürgerlicher Pflichten und Leistungen ohne Rangauszeichnung entgegengesetzt [3]). Die munera nun werden ihrem Grunde nach in ordentliche und außerordentliche getheilt [4]), der Art ihrer Leistung nach in persönliche, in Vermögens-Lasten, und in gemischte — personalia, patrimonii und mixta [5]). Auch die Vermögens-Lasten sind wiederum gedoppelter Art: entweder treffen sie alle Grundbesitzer, auch die auswärts Domicilirten, in welchem Falle sie auch intributiones heißen, oder sie werden blos den Bürgern und Einwohnern auferlegt [6]). Uebrigens ist der Ausdruck patrimonii munera zunächst der Municipal-Verfassung eigen, in Beziehung auf das Finanzwesen der Provinzen oder des ganzen Reichs kommen dafür die Ausdrücke tributa und vectigalia vor [7]).

*) Dig. (L, 4.) *de munerib. et honorib.*

1) L. 18. L. 239. §. 3. D. *de V. S.* L. 14. §. 1. D. *h. t.* Pr. I. *de exc. tut. et cur.* (*verb.*: „nam et tutelam et curam placuit publicum munus esse.") Vgl. *Westenberg* pr. jur. Dig. ad tit. de mun. et hon. §. 5.

2) L. 6. §. 3. L. 14. pr. D. *h. t.*

3) Z. B. L. 2. §. 8. L. 7. §. 1. D. *de decur.* L. 2. L. 9. L. 12. D. *h. t.*

4) L. un. C. *de vac. publ. mun.* X, 45. L. 2. §. 2. L. 33. §. 7. C. *de episc. et cler.* I, 3. (Vgl. §. 194. Note 22.)

5) L. 18. pr. D. *h. t.* (vgl. L. 1. pr. u. §. 3. D. *eod.* u. *Noodt* Probabil. Lib. I. c. 12.). *Fr. Roth* de re municipali Romanorum Libri II. (Stuttg. 1801.) L. II. §. 30. — a) L. 1. §. 2. 4. L. 18. §. 1—17. D. *h. t.* — Dig. (L, 7.) u. Cod. (X, 63.) *de legationib.* — b) L. 1. §. 1. L. 18. §. 18—25. D. *h. t.* Cod. (X, 41.) *de munerib. patrimoniorum.* — c) L. 18. §. 26. 27. D. *h. t.*

6) L. 6. §. ult. L. ult. §. 21. 22. D. *h. t.* — L. 22. §. 7. D. *ad mun.* L, 1. L. 4. D. *de veteranis* XLIX, 18.

7) Vgl. *Festus* de V. S. h. v. (bei *Gothofred.* p. 468.). L. 32. §. 9. D. *de usu et usufr. leg.* XXXIII, 2. L. 17. §. 1. D. *de V. S.* L, 16.

§. 194.

Befreiung von bürgerlichen Laſten *).

Der Ausdruck excusari a muneribus wird ſowohl auf diejenigen bezogen, welche zu einem munus nicht zugelaſſen werden [1]), als auch auf die eigentlich Befreieten — die eine vacatio oder immunitas haben [2]). Ausſchließungsgründe können ſeyn: Mangel der vollen Ehre (§. 191. Nr. 1.), eine über den zu einem honor Berufenen verhängte Criminal-Anklage [3]), große Dürftigkeit [4]), mangelhafte Geſundheit und Leibes-Beſchaffenheit [5]), weibliches Geſchlecht (§. 179. Note 3[a]), vorgerücktes Alter, aber auch allzugroße Jugend [6]), bisweilen auch das Vorhandenſeyn anderer Laſten und Pflichten [7]). Eine Immunität kann entweder auf Perſonen oder Sachen ſich beziehen [8]). Die perſönliche Befreiung kann ebenfalls wegen des Alters oder der Jugend [9]), der Geſundheitsumſtände [10]), des Geſchlechts [11]), oder Armuths halber [12]) zugeſtanden ſeyn. Außerdem kommen aber als Befreiungsgründe vor: eine gewiſſe Anzahl von Kindern [13]), Rang und Würde [14]), gewiſſe Gewerbe und Standesverhältniſſe; ſo ſind befreit: professores und medici [15]), Soldaten und Veteranen (ſ. §. 188. Note 4.), u. m. A. [16]). Eine nur

zeitige Befreiung (vacatio im e. S.) wird bisweilen denen gewährt, welche bereits anderweitige Aemter und Ehren bekleiden[17]), oder nach beendigtem Amte wieder zu einem neuen berufen werden[18]). Uebrigens kann Jemand in einer Beziehung befreit seyn, in anderer ist er den gewöhnlichen Lasten und Pflichten unterworfen[19]), und auch Diejenigen, welchen Immunität ohne Beschränkung zugestanden ist[20]), bleiben in der Regel doch den Vermögens-Lasten unterworfen[21]), falls ihnen nicht auch diese ausdrücklich erlassen sind[22]). Persönliche Befreiungen, auch wenn sie sich auf Vermögens-Lasten beziehen, gehen doch in der Regel nicht auf die Erben[23]), und ist das Privilegium auch ausdrücklich auf die Nachkommen des Privilegirten gestellt, so gehören dahin doch nur agnatische Descendenten[24]). Uebrigens fällt das Privilegium dadurch für die Zukunft nicht weg, daß man sich den bürgerlichen Lasten freiwillig unterzieht[25]).

*) Dig. (L, 5.) *de vacatione et excus. munerum*, (L, 6.) *de jure immunitatis.* — Cod. (X, 47.) *de excusationib. muner.* — *Roth* l. l. Lib. II. §. 34. 35.

1) L. 1. §. 3. D. *de postul.* III, 1. L. 7. §. 1. L. 11. D. *de decur.* L, 2. L. 17. C. *de excus. tut.* V, 62. — Vgl. §. 14. I. *de excus. tut.*

2) Ueber die Bedeutung der Ausdrücke: *excusatio*, *vacatio* u. *immunitas* s. *Voet* ad Pand. Tit. *de vac. et exc.* §. 1. u. Tit. *de jure immunit.* §. 1. — Vgl. *Gaupp* de professorib. et medic. p. 71 sqq.

3) L. 17. §. 12. D. *ad munic.* L, 1. L. 7. D. *de mun. et hon.* L, 4. L. un. C. *de reis postul.* X, 58.

4) L. 6. pr. u. L. 14. §. 3. D. *de mun. et hon.*

5) L. 1. §. 2. 3. D. *de tut.* XXVI, 1.

6) L. 11. D. *de decur.* L, 2. L. 8. D. *de mun. et hon.* L. 2. pr. D. *h. t.* (L, 5.) L. 2. §. 1. D. *h. t.* (L, 6.) L. 2. §. 1. D. *de reg. jur.*

7) a) L. 6. §. 1. D. *de mun. et hon.* L. 1. C. *de debitor. civit.* XI, 32. — b) §. 14. I. *de excus.* — c) L. 52. pr. u. Auth. *Presbyt.* C. *de episc. et cler.* I, 3.

8) L. 3. §. 1. D. *de censib.* L, 15.

9) a) L. 3. D. *h. t.* (L, 6.) L. 2. §. 8. D. *de decur.* L, 2. L. 10. C. *de decurionib.* X, 31. — Entgegen zu seyn scheint L. 3. C. *qui aet. vel professione se excus.* X, 49. S. indessen Thibaut Archiv für civ. Pr. VIII. S. 88 fgg. — Uebrigens vgl. m. noch L. 5. pr. und §. 1. D. *h. t.* (L, 6.) u. L. 1. §. 3. D. *h. t.* (L, 5.). — b) L. 3. pr. D. *de censib.* L. 2. §. 8. D. *de decur.* L. 1. C. *qui aet. se excus.* „Cum vos adfirmetis, liberalibus studiis operam dare, maxime circa juris professionem, consistendo in civitate Berytiorum provinciae Phoeniciae: providendo utilitati publicae et spei vestrae, decernimus, ut singuli usque ad vicesimum quintum annum aetatis suae studiis non avocentur."

10) L. 2. §. 6. 7. L. 13. pr. D. *h. t.* (L, 5) Cod. (X, 50.) *qui morbo se excus.* L. 7. §. 1. D. *de decurion.* L, 2.

11) L. 3. §. 3. D. *de mun.*

12) Pr. I. *de excus.* L. 5. C. *de his, qui numero liberor. vel pauper. excusat. meruer.* X, 51. — L. 3. C. *eod.* — Uebrigens ſ. m. noch L. 2. §. 2—5. L. 14. pr. D. *h. t.* (L, 5.) L. 2. C. *de his, qui num. lib.* — Vgl. auch L. 5. §. 2. D. *h. t.* (L, 6.).

13) L. 4. §. 2. D. *de mun.* L. 6. in f. C. *h. t.* (X, 51.) (vgl. *Pothier* Pand. Justin. ad Tit. de vac. et exc. Nr. VIII.) — L. 4. §. 1. D. *de mun.* L. 10. §. 3. D. *h. t.* (L, 5.).

14) L. 12. 16. C. *h. t.* (X, 47.) L. 4. 5. 7. 15. C. *de dignit.* XII, 1. — S. auch L. 17. §. 1. D. *ad munic.* L, 1.

15) §. 15. I. *de excus.* L. 1. 4. 5. 6. et ult. C. *de prof. et med.* X, 52. — L. 9. pr. D. *h. t.* (L, 5.) L. 8. C. *de metat. et epidemet.* XII, 41. — Ueber die Philoſophen ſ. L. 8. §. 4. D. *h. t.* (L, 5.) L. 8. C. *de profess. et medic.* — Ueber die Dichter L. 3 C. *eod.* — Vgl. auch L. 2. §. 8. D. *h. t.* (L, 5.) — u. überhaupt ſ. man noch *Gaupp* l. l. §. V. u. VII.

16) z. B. a) L. 1. 2. 6. 7. C. *de episc. et cler.* I, 3. Nov. 123. c. 6. — b) §. 188. not. 7. 8. 9. — c) L. 5. §. 10. D. *h. t.* (L, 6.) L. 8. §. 1. D. *h. t.* (L, 5.).

17) L. 10. D. *de mun. et hon.* L. 10. §. 4. L. 14. §. 1. D. *h. t.* (L, 5.) — L. 3. §. 16. *de mun.* — L. 1. §. 1. D. *de operib. publ.* L, 10.

18) Cod. (X. 40.) *de mun. et hon. non continuand.* — L. 16. §. 3. D. *de mun. et hon.* — L. 17. §. 3. D. *ad munic.*

19) S. z. B. L. 4. §. 2. L. 12. D. *de mun.* L. 2. §. 1. 4. L. 7. D. *h. t.* (L, 5.).

20) L. 13. §. 1. D. *h. t.* (L, 5.).

21) L. 10. pr. L. 11. D. *h. t.* (L, 5.) L. 2. 3. C. *de munerib. patrim.* X, 41.

22) L. 18. §. 30. D. *de mun.* (L, 4.) — Vgl. L. 18. §. 29. *de mun.* u. Cod. (X, 48.) *de quibus munerib. vel praestationib. nemini liceat se excusare.* — Wegen der extraordinaria munera ſ. m. L. 6. L. 8. §. 3. D. *h. t.* (L, 3.) L. un. C. *de publ. mun. vac.* X, 45.

23) L. 1. §. 1. D. *h. t.* L. 3. §. 1. D. *de censib.* L, 15.

24) L. 1. §. 2. D. *h. t.* (L, 6.) L. 13. D. *de mun.* — Vgl. §. 179. Note 3. d. — Uebr. ſ. noch *Voet.* ad Pand. Tit. *de jure imm.* §. 4.

25) L. 2. pr. D. *de veteranis* XLIX, 18. L. 2. pr. L. 5. §. 13. D. *h. t.* L. 6. Cod. (X, 43.) *de his, qui sponte publica munera subeunt.*

§. 195.

Von Begründung und dem Wegfallen der Civität, in Verbindung mit der Lehre vom Wohnort *).

Erworben wird die Civität a) durch die Herkunft, die bei ehelich Gebornen in der Regel nach dem Vater, bei unehe=

lichen nach der Mutter bestimmt wird [1]), welcher gleich steht Manumission [2]) und Adoption [3]), b) durch Aufnahme [4]), c) durch den Wohnort. Aufgehoben wird sie durch natürlichen oder bürgerlichen Tod [5]), so wie durch Verzicht, der aber keineswegs immer möglich ist [6]). Durch rechtliche Fiction wurde angenommen, daß alle freigebornen Bewohner des Röm. Reichs ihren Ursprung in Rom, und demzufolge hier auch Civität und ihren Gerichtsstand hätten [7]), — das s. g. forum originis commune im Gegensatz des proprium oder speciale. Die bürgerlichen Rechte und Pflichten nun, welche Jemand von wegen seiner Herkunft und was dieser gleich gesetzt ist, hat, sind bleibend, die durch das Domizil begründeten aber fallen mit Veränderung des Wohnorts von selbst weg [8]). Auch wird man durch Niederlassung in einer Stadt zwar den bürgerlichen Lasten unterworfen [9]), städtisches Bürgerrecht aber dadurch ohne Weiteres noch nicht begründet [10]). Uebrigens wird angenommen, daß Jemand nicht blos da sein Domizil habe, wo er wirklich wohnhaft ist, sondern auch an dem Orte, wo er ein Amt oder eine Würde bekleidet [11]). Der wirkliche Wohnort ist entweder ein freiwillig gewählter, oder ein nothwendiger. Der letztere findet für diejenigen Statt, welche sich ihrer amtlichen Verhältnisse wegen an einem bestimmten Orte aufhalten müssen [12]), oder dahin verwiesen sind [13]); auch durch Familien-Verhältnisse kann ein domicilium necessarium begründet werden, nämlich für die Ehefrau [14]), für Kinder und Pflegebefohlne [15]). Der freiwillig erwählte Wohnort wird begründet durch Erklärung und durch die That; der bloße Grundbesitz genügt an sich eben so wenig dazu, als ein zeitiger Aufenthalt [16]), sondern sein Domizil hat Jemand nur an dem Orte, welcher als sein regelmäßiger Aufenthaltsort, als der Mittelpunct seines häuslichen und bürgerlichen Lebens betrachtet werden kann [17]). Auf gleiche Weise erfolgt aber auch die Aufhebung des freiwilligen Domizils nicht durch eine bloße Erklärung, sondern erst durch wirkliche Ausführung des Entschlusses, seinen bisherigen Wohnort aufzugeben [18]). Uebrigens steht es Jedem frei, das freiwillig erwählte Domizil wieder aufzugeben, nur muß man die munera noch übernehmen, zu welchen man schon berufen

war[19]). Zur Aufhebung des unfreiwilligen Domizils gehört die Zustimmung Derer, von welchen man in dieser Beziehung abhängt[20]). Uebrigens kann man auch an mehreren Orten wirklich domizilirt seyn, umgekehrt aber ist es auch möglich, daß Jemand an keinem Orte ein eigentliches Domizil hat[21]).

*) Dig. (L, 1.) *ad municipalem et de incolis.* Cod. (X, 38.) *de municipibus et originariis*, u. (X, 39.) *de incolis, et ubi quis domicilium habere videtur, et de his, qui studiorum causa in aliena civitate degunt.*

1) L. 1. §. 2. D. *h. t.* — L. 9. *eod.* — Vgl. L. 19. D. *de statu hom.* I, 5. — L. 6. §. 1. D. *h. t.* — *Cujacii* obs. XXIV. c. 33.

2) L. 6. §. 3. L. 22. pr. §. 2. L. 23. pr. L. 27. pr. L. 37. §. 1. D. *h. t.* — L. 17. §. 8. D. *h. t.*

3) L. 15. §. 3. D. *h. t.*

4) L. 1. §. 1. D. *h. t.* L. 7. C. *h. t.* (X, 39.) Vgl. §. 187. Note 5.

5) L. 16. L. 17. §. 6. D. *h. t.*

6) S. z. B. L. 34. D. *h. t.* L. 4. u. 5. C. *h. t.* (X, 38.), auch die folgenden Noten und den dazu gehörigen Text.

7) *Cic.* or. de lege agrar. II, 32. *Id.* de legib. II, 2. L. 33. D. *h. t.* L. 6. §. 11. D. *de excus.* XXVII, 1. — Vgl. L. 7. C. *in quib. c. pign. tac. contr.* VIII, 15. u. L. un. C. *de privil. urb. Constantinopolit.* XII, 20.

8) L. 15. §. 3. L. 17. §. 9. L. 22. §. 2. L. 29. D. *h. t.* L. 1. 3. 4. 5. C. *h. t.* (X, 38.). — Vgl. auch die Note 19.

9) Vgl. die Note 8. u. f. noch L. 20. u. 34. D. *h. t.* L. 6. in f. D. *de mun.* L. 11. C. *de adpellat.* VII, 62.

10) Vgl. §. 187. Note 5. u. L. 6. in f. L. ult. §. 22. D. *de mun.* — L. 17. §. 11. in f. D. *h. t.*

11) Arg. L. 11. D. *de senator.* I, 9. u. L. 8. C. *h. t.* (X, 39.).

12) Arg. L. 23. §. 1. D. *h. t.*

13) L. 22. §. 3. D. *h. t.* — L. 27. §. 3. *eod.*

14) L. 5. in f. D. *de ritu nupt.* XXIII, 2. L. 22. §. 1. D. *h. t.* L. un. C. *de mulierib., in quo loco munera sexui congruentia, vel honores agnoscant* X, 62. — Vgl. L. 37. §. 2. D. *h. t.*

15) Arg. L. 1. §. 2. D. *de R. V.* VI, 1. und L. 1. pr. L. 5. D. *ubi pup. ed. vel morari* XXVII, 2. — Vgl. L. 18. in f. D. *de alim. leg.* XXXIV, 1.

16) L. 17. §. 5. 13. D. *h. t.* L. 2. u. 4. C. *h. t.* (X, 39.).

17) L. 7. C. *h. t.* (X, 39.) — L. 203. D. *de V. S.* verb.: „Sed de ea re constitutum esse, eam domum unicuique nostrum existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet, suarumque rerum constitutionem fecisset." — S. Glück Pand. VI. §. 513. S. 272. Note 42.

18) L. 20. D. *h. t.*

19) L. 34. D. *h. t.*

20) Dagegen streiten auch nicht L. 3. 4. 6. §. 1. L. 17. §. 11. D. *h. t.* Vgl. Note 1. und Glück Pand. VI. §. 512. S. 268.

21) L. 5. L. 6. L. 27. §. 2. D. *ad munic.* L, 1. — *Chr. Thomasius* D. de vagabundo, seu eo, qui est sine domicilio (Lips. 1679. 4. u. in dessen Diss. Lips. Nr. II.) c. II. Derſ. D. de jure vagabundorum (Additament der angef. Diſſ. Leipzig 1679.).

Zweite Abtheilung.

Die Civität der juriſtiſchen Perſonen.

§. 196.

Allgemeine Begriffe.

Juriſtiſche Perſonen (auch moraliſche, myſtiſche, fingirte P.) ſind diejenigen, welche nur im Begriff als Subject von Rechten und Verbindlichkeiten gedacht werden [1]). Die Perſönlichkeit kann geknüpft ſeyn a) an eine Mehrheit von phyſiſchen Perſonen, die im Begriff ein einziges Rechtsſubject bilden, und entweder gleichzeitig vorhanden ſind — universitates personarum [2]), oder in ihrer Aufeinanderfolge als eine Perſon gedacht werden [3]). b) An ein Geſammtvermögen, oder auch geradezu an gewiſſe Zwecke; ſo wird der hereditas [4]), dem Fiscus, den ſ. g. pia corpora Perſönlichkeit beigelegt. Alle juriſtiſche Perſonen haben Das mit einander gemein, daß ſie des Rechtserwerbs fähig ſind, mit Verbindlichkeiten belaſtet werden, und auf rechtlichen Schutz Anſpruch machen können, ſo daß ihnen mithin ſämmtlich eine (mehr oder minder vollſtändige) Civität zukommt. Doch verſteht ſich von ſelbſt, daß nicht Alles, was von den Rechtsverhältniſſen phyſiſcher Perſonen gilt, auf ſie bezogen werden kann, und eben ſo, daß das Recht der juriſtiſchen Perſonen nicht durchgängig gleich iſt, indem — auch abgeſehen von den beſonderen Rechten (jura singularia) Einzelner — ſchon die verſchiedene Beſchaffenheit derſelben nothwendig eine Verſchiedenheit der Rechte zur Folge hat. — Von allen einzelnen Arten der juriſtiſchen Perſonen kann hier nicht die Rede ſeyn; wir beſchränken uns vielmehr auf Das, was wirklich dem practiſchen Civilrecht angehört, überhaupt einer beſonderen Erklärung bedarf, und nicht an ſeinem Orte noch beſonders zur Sprache kommt; (ſ. z. B. Bd. III. §. 609. Note 3., §. 610 fg. u. §. 697.).

1) Zu weit geht Heise Grundr. Buch I. C. IV. §. 98. Note 15. — S. meine Beurtheilung des Städelschen Erbrechtsfalls S. 164. Note 115.

2) L. 22. D. *de fidej.* XLVI, 1. L. 25. D. *ad munic.* L, 1. „Magistratus municipales, cum unum magistratum administrent, etiam unius hominis vicem sustinent."

3) a) L. 56. L. 57. D. *de leg.* II. — b) L. 20. §. 1. D. *de ann. leg.* XXXIII, 1. (*Alex. ab Alexandro* genial. dier. V, 17.) — c) Nov. 134. c. 6. c. 5. *de rescr.* in VI. I, 3.

4) Pr. I. *de stipul. serv.* L. 15. pr. D. *de interr. in jure fac.* XI, 1. L. 31. §. 1. D. *de hered. instit.* XXVIII, 5. L. 22. D. *de fidej.* „hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium, et decuria, et societas."

§. 197.

I. Von juristischen Personen als Gesammtheiten oder Vereine (*Personarum universitates*) *).

Allgemeine Grundsätze.

Zu den personarum universitates im weiteren Sinne gehören der Staat, städtische und diesen ähnliche Gemeinden [1]), die Decurionen-Senate und die diesen ähnlichen Beamten-Collegien, endlich die Corporationen, — collegia, corpora. Vom Staat kann hier überhaupt nur in vermögensrechtlicher Beziehung die Rede seyn, diese aber löst sich in den Begriff des Fiscus auf (s. §. **202.**); für die übrigen Gesammtheiten lassen sich, mit mehr oder weniger Einschränkungen, folgende allgemeine Grundsätze aufstellen: **1)** juristische Persönlichkeit kann ein Verein nur durch Gesetz oder Autorisation der Staatsgewalt erhalten [2]). **2)** Die Rechte einer juristischen Person sind entweder s. g. originaria oder adventitia. Zu jenen gehört die Befugniß, über die Angelegenheiten der Gesammtheit durch Beschlüsse zu verfügen, soweit das jus publicum dies zuläßt [3]), überhaupt alle auf sie anwendbaren Rechte zu haben und auszuüben, welche einer physischen Person ohne besonderes Privilegium zustehen [4]); von selbst versteht sich daher das Recht, ihre schriftlichen Ausfertigungen durch ein Siegel zu beglaubigen [5]). Adventitia jura dagegen sind alle Rechte, welche auch einzelne Personen erst in Folge besonderer Privilegien und Concessionen haben können, z. B. Gerichtsbarkeit, das Fiscusrecht, die Befugniß s. g. statuta legalia (im Gegensatz der s. g. conventionalia) zu

errichten[6]), Befreiung von öffentlichen Lasten u. dgl. m.[7]). 3) Das Recht sich zu ergänzen, oder neue Mitglieder aufzunehmen, ist, nach der verschiedenen Beschaffenheit einer universitas, bald als ein von selbst sich verstehendes, bald als ein zugestandenes Recht anzusehen. Das Recht der Ausschließung aber kann der juristischen Person entweder nur als Jurisdictions- oder als Vertragsrecht zustehen. 4) Für die gemeinschaftlichen Berathungen und Beschlußnahmen gilt, in Ermangelung besonderer Bestimmungen, folgendes Recht: sind die Versammlungs-Tage nicht im Voraus festgesetzt, so müssen Alle zusammenberufen und wenigstens zwei Drittheile erschienen seyn, wonächst alsdann die Pluralität der Anwesenden entscheidet[8]). Nur insofern sind die Abwesenden oder Dissentirenden an den Beschluß nicht gebunden, als er dem jus publicum widerstreitet, oder jura singulorum betrifft[9]). Als solche dürfen aber an sich weder die Beitragspflichtigkeit angesehen werden, noch das Recht, welches verfassungsmäßig Einzelne in Beziehung auf die Gemeinde oder das Communal-Vermögen ausüben, sobald der Beschluß nur nicht den Kreis überschreitet, welcher durch die Zwecke des Vereins von selbst gegeben, oder ausdrücklich bestimmt ist[10]). 5) In Ansehung der Art und Weise, wie die Rechte und Geschäfte der universitas ausgeübt werden, unterscheidet man a) die *ordinatae*, in welchen die Rechte und Angelegenheiten der universitas durch bestimmte Vorsteher, Beamte oder Ausschüsse ausgeübt und geleitet werden, b) die *inordinatae*, welche die ihnen zustehenden Rechte in der Regel selbst, d. h. durch gemeinsame Berathungen und Beschlüsse der Mitglieder, so wie für einzelne Gegenstände und Fälle durch erwählte Stellvertreter ausüben, wobei übrigens die Leitung der Zusammenkünfte, so wie die Verwaltung einzelner Rechte, auch bestimmten Vorstehern übertragen seyn kann (wie z. B. bei Dorfgemeinden und Handwerkszünften). Die juristischer Berathung wegen, so wie für Betreibung der sich auf die Commune beziehenden Rechtsangelegenheiten erwählten oder angestellten Personen, heißen actores und syndici[11]). Ueber die Rechte und Verbindlichkeiten der Verwalter von Gemeinde-Angelegenheiten kommen theils die oben (§. **130 — 132.**) vorgetragenen all-

gemeinen Grundsätze, theils die besondern Pflichten öffentlicher Beamten zur Anwendung [12]). 6) Die Persönlichkeit ruht auf der Gesammtheit, nicht auf den Einzelnen [13]), darum können denn die für natürliche Personen geltenden Rechte hier nicht weiter zur Anwendung kommen, als die Natur einer juristischen Person dies verstattet. Eine Verschiedenheit offenbart sich insonderheit da, wo von unerlaubten Handlungen und deren Folgen die Rede ist [14]), obgleich es an sich außer Zweifel ist, daß sowohl von einer juristischen Person als gegen dieselbe Verbrechen verübt, mithin dieserhalb auch Strafen verfügt werden können [15]). In privatrechtlicher Hinsicht ist die Verschiedenheit geringer: auch eine juristische Person kann Vermögen haben und Rechte erwerben [16]), sich mit Verbindlichkeiten belasten [17]), im Prozesse als Kläger oder Verklagter auftreten [18]), und über das Ihrige verfügen, obgleich nie durch Testament; auch ist die Dispositions-Befugniß selbst bei manchen Gesammtheiten noch besonderen Beschränkungen unterworfen. Für das vermögensrechtliche Verhältniß der universitas als solcher ist es auch gleichgiltig, ob für das gesammte Vermögen eine Administration angeordnet ist, und die Aufkünfte für Gemeinde-Zwecke und Bedürfnisse verwendet werden, oder ob dem Einzelnen Nutzungsrechte gestattet sind; immer erscheint hier die Gesammtheit, nicht der Einzelne als Gläubiger oder als Schuldner [19]). 7) Aufgehoben wird die universitas a) durch eine obrigkeitliche oder richterliche Verfügung, b) durch das Wegfallen aller einzelnen Mitglieder [20]), in welchem Falle denn das Gesammt-Vermögen dem Fiscus anfällt [21]), c) in Folge eines gemeinschaftlichen Beschlusses. Eine freiwillige Auflösung findet aber bei den mit dem Staat und seinen Einrichtungen in näherer oder entfernterer Verbindung stehenden universitates natürlich nicht Statt. Da wo sie statthaft ist, entscheidet hierüber, und im Allgemeinen auch über die Art der Vermögens-Verwendung und Vertheilung, wie bei allen Gemeindebeschlüssen, die Stimmen-Mehrheit [22]).

*) Dig. (III, 4.) *Quod cujuscumque universitatis nomine vel contra eam agatur.* — *J. L. Gaudlitz* (s. *Haubold*) D. de finibus inter jus singulorum et universitatis regundis. Lips. 1804. (in opuscul. Vol. II. p. 547—620. S. dazu die Bem. von *Wenck* in der praef. p. LXIII—LXVI.). — *C. S. Zachariae* liber quaest I. Qu. X. —

H. E. Dirksen üb. den Zustand der jurist. Personen nach röm. Recht (civilist. Abh. II. Nr. 1.).

1) *Dirksen* ad tab. Heracl. part. alt. p. 2—12.

2) L. 1. pr. D. *h. t.* L. 3. §. 1. D. *de coll. et corp.* XLVII, 22. — Vgl. *Fr. Roth* de re munic. II. §. 1. *Zachariae* l. l. §. 1. p. 61. 62. §. 2. p. 65. 66. — Meine Beurtheilung des Städelschen Erbrechtsfalls S. 148 — 162. — Vgl. hier auch Puchta System des gem. Civilr. S. 43. §. 2.

3) L. ult. D. *de colleg. et corp.*

4) L. 22. D. *de fidejussor.* L. 1. §. 1. D. *h. t.* — *Zachariae* l. l. §. 17. p. 87.

5) Thibaut Pand. §. 132. Nr. IV. (d. n. A.) — A. M. ist *J. M. Gossel* comm. de eo, quod justum est circa sigilla universitat. Lips. 1750.

6) Vgl. Glück Pand. I. §. 89 fgg. S. 500 fgg.

7) Vgl. §. 198. Note 2—7. §. 200. Note 10.

8) L. 3. 4. D. *h. t.* L. 19. pr. D. *de tut. et cur. dat.* XXVI, 5. L. 5 3. D. *de decret. ab ord. fac.* L, 9. L. 2. 3. C. *de praed. decur. sine decr. non alienand.* X, 33. — L. 160. §. 1. D. *de reg. jur.* L. 5. C. *de legat.* X, 63. — Thibaut civ. Abh. S. 389 fg.

9) L. 19. D. *ad municip.* L, 1. L. 160. §. 1. D. *de reg. jur.* — Vgl. *Haubold* l. l. c. III. §. 2.

10) Zachariä §. 10. S. 75. 76. §. 16. S. 86.

11) L. 1. §. 1. 2. L. 6. §. 1. 3. D. *h. t.* L. ult. §. 13. D. *de mun. et hon.* L, 4. — L. 10. D. *h. t.* — L. 3. §. 4. D. *de B. P.* XXXVII, 1. — Vgl. *Schulting.* enarr. part. primae Dig. h. t. §. 2. — *J. F. Hauschild* Pr. *E. M. Chladenio* D. de syndicis et instrumento syndicatus. Vit. 1757. — *M. A. Engel* D. de syndicatu et ejus valida renunciatione. Lips. 1737. — S. auch Cl. *Cic.* u. *Brissonius* (de V. S.) v. *ecdicus*, und die weiter unten (§. 200.) anzuführende Diss. von Wassenaer c. V. p. 427 fgg. (bei *Fellenberg*), u. Dirksen a. a. O. S. 57 fgg.

12) S. §. 199. u. vgl. L. 5. §. 10. 12. D. *quod vi aut clam* XLIII, 24.

13) L. 6. §. 1. D. *de div. rer.* I, 8. L. 2. D. *h. t.* L. 7. §. 1. D. *eod.* („Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent." Vgl. *Seneca* de benef. VI, 20. *Bynkershoek* quaest. jur. publ. II, 13.) L. 7. §. 2. *eod.* L. 76. D. *de jud.* V, 1. L. 2. §. 2. D. *ne quid in loco publ. vel itin. fiat* XLIII, 8. — Damit stimmen auch überein: L. 10. §. 4. D. *de in jus voc.* II, 4. L. 1. §. 15. D. *ad SCt. Treb.* XXXVI, 1. L. 1. §. 7. in f. D. *de quaest.* XLVIII, 18. — Vgl. *Haubold* l. l. c. IV. §. 13. 14. und unten Note 19.

14) S. E. F. Klein im Archiv d. Crim. R. Bd. III. St. III. Nr. II.

15) L. 9. §. 1. D. *quod met. c.* IV, 2. Auth. *item nulla* und Auth. *item quaecunque* C. *de ep. et cler.* I, 3. — Als entgegenstehend können auch weder die L. 15. §. 1. D. *de dolo malo* IV, 3., noch das c. 5. *de sent. excomm.* in 6. V, 11. (worin nur von der Strafe der Excommunication die Rede ist) betrachtet werden. S. *N. H. Gundlingii* de universitate delinquente ejusque poenis (in exercitt. acad. Nr. XVI.). *Leyser* de delictis collegiorum (med. ad Pand. Sp. 533.). Dabelow Handb. des Pand. R. III. S. 33 fgg. — Vgl. *G. E. Kreusler* Pr. *J. C. Heimburg* D. de spolio universitatis. Jen, 1788. —

A. M. sind *Thomasius* in der unten §. 199. Note 7. angef. Dissert. *Haubold* c. IV. §. 16. u. *Zachariae* §. 18. p. 88.

16) S. z. B. L. 2. D. *de a. v. a. p.* XLI, 2. — L. 12. D. *de servit.* VIII. 1. — L. 5. §. 7. 9. D. *de pec. const.* XIII, 5. — Manche Erwerbsgründe waren hier lange ausgeschlossen, namentlich Erwerb durch testamentarische Verfügung. Nach und nach wurde auch dieser hier zugelassen. *Ulpiani* Fr. XXII. §. 5. XXIV. §. 28. L. 3. §. 4. D. *de B. P.* XXXVII, 1. — L. un. D. *de libert. univ.* XXXVIII, 3. L. 1. 2. D. *de manum., quae serv. ad univ. pertin.* XL, 3. — L. 12. C. *de hered. instit.* VI. 24. — §. 27. I. *de legat.* Tit. Cod. *de incert. person.* VI, 48. — (S. übrigens L. 8. C. *de hered. inst.* VIII, 24. und meine Beurtheil. ꝛc. S. 167—181.) — Ueberhaupt aber s. m. Dirksen a. a. O. S. 110—143.

17) L. 8. 9. D. *h. t.* L. 27. D. *de R. C.* XII, 1.

18) a) L. 1. §. 2. 3. D. *h. t.* L. 1. D. *de loco et itin. publ.* XLIII, 7. — *Zachariae* §. 19. p. 90—94. — *G. S. Wiesand* D. de facultate denominandi juraturos. Vit. 1782. — b) L. 1. D. *de manum., quae serv. ad univ. pertin.* XL, 3.

19) S. auch die Note 13.

20) L. 7. §. 2. D. *h. t.*

21) §. 201. Nr. 5. Note 11. u. *Zachariae* §. 15. nr. 3. p. 83.

22) Ueberhaupt vgl. m. über die hierbei in Betracht kommenden Fragen: J. F. Runde Beiträge z. Erläuter. rechtl. Gegenstände Bd. 1. Nr. 1. *Haubold* l. l. c. IV. § 1—10. *Zachariae* § 6. p. 68—71. §. 12. p. 78. 79. Thibaut civilist. Abhandl. Nr. XVIII. und Marezoll in v. Löhrs Magaz. Bd. IV. Nr. XI. 7. S. 207—212.

§. 198.

Insbesondere 1) von städtischen Gemeinheiten *).

Städte (civitates, auch res publicae [1]) sind in mehrerer Hinsicht privilegirt, und zwar sowohl in Absicht eines Rechtserwerbs [2]), als auch der Erhaltung ihres Vermögens [3]), womit auf gewisse Weise in Verbindung stehen theils die für Immobilien oder Gerechtsame, welche zum Communal-Vermögen gehören, vorgeschriebenen Veräußerungs-Formen und Einschränkungen [4]), theils das Verbot, ein der Stadt vermachtes Capital nicht willkührlich zu anderen Zwecken zu verwenden, als wofür der Testirer es bestimmt hatte [5]). Außerdem sind Städte von der satisdatio befreiet (s. §. 127. Note 7.), und ihr Vermögen wird nicht blos als öffentliches bezeichnet [6]), sondern es hat auch wirklich manche Rechte und Vorzüge des Staats-Vermögens [7]). Die Rechte des Fiscus stehen übrigens den

Städten ohne besondere Bewilligung nicht zu[8]). Andere Bestimmungen des Römischen Municipalrechts sind entweder als veraltet anzusehen, oder nicht ins Gebiet des Privatrechts gehörig.

*) Cod. (XI, 29.) *de jure reipublicae.* — Dig. (L, 8.) *de administr. rer. ad civit. pertin.* *Roth* de re municipali c. II.

1) *Brissonius* v. *respublica.*

2) Z. B. a) Tit. Dig. *de pollicitationib.* L, 12. — b) L. 30. D. *de usur.* XXII, 1.

3) a) L. 23. C. *de sacros. eccl.* I, 2. (Uebr. s. unten Bd. III. §. 267. zur Note 11.) — b) L. 38. §. 1. D. *de reb. auct. jud. possid.* XLII, 5. — c) L. 2. C. *de debitor. civit.* XI, 32. (S. meine Cession §. 44. Nr. 2.) — d) L. 9. §. 9. D. *de adm. rer. ad civit. pertin.* L, 8. L. 4. C. *quo quisque ord. conv.* XI, 35. — Vgl. L. un. C. *de his, qui ex officio, quod administr. conveniuntur* XI, 38. — e) L. 8. C. *de operib. publ.* VIII, 12. — f) L. 27. D. *de R. C.* XII, 1. — g) L. 4. C. *ex quib. caus. major.* II, 54. L. 3. C. *de jure reipubl.* L. 1. C. *de off. ej., qui vicem jud. vel praesid. obtin.* I, 50. — Vgl. L. 9. D. *de appell.* XLIX, 1. — Dirksen a. a. O. S. 101.

4) L. 3. C. *de vendend. reb. civit.* XI, 31.

5) L. 1. D. *de adm. rer. ad civit. pertin.* — L. 5. §. 1. D. *eod.*

6) L. 17. D. *de V. S.* — L. 53. D. *loc.* XIX, 2. L. 9. D. *de usurp.* XLI, 3. L. 11. §. 1. D. *quod vi aut clam.*

7) S. z. B. a) L. 8. §. 2. D. *de div. rer.* I, 8. — b) L. 4. in f. D. *ad L. Jul. pecul.* XLVIII, 13. — Doch ist damit die L. 81. D. *de furt.* XLVII, 2. („Ob pecuniam civitati subtractam actione furti, non crimine peculatus tenetur") schwerlich zu vereinigen. Versucht ist dies namentlich von *Bynkershoek* observ. jur. Rom. IV, 3. — Vgl. *Cujacius* ad Papin. Lib. I. resp. (opp. postum. ed. Paris. T. I. P. II. p. 15.). *H. Grotius* flor. spars. ad jus Justin. p. 316.

8) L. 10. D. *ad municip.* L, 1. — L. 1. C. *de bon. vacant.* X, 10. (S. übrigens *Plinii* ep. X, 87. [88]) — L. 1. C. *de vend. reb. civ.* XI, 31. — Vgl. Meißner stillschw. Pfandr. §. 94.

§. 199.

2) Von öffentlichen Behörden und Beamten.

Oeffentlichen Beamten, mögen sie ein Collegium bilden, oder mag gleichzeitig nur eine Person vorhanden seyn, kommt ebenfalls juristische Persönlichkeit zu[1]), zum Theil mit besonderen Privilegien, wohin das dem Decurionen-Senat zugestandene Recht gehört, die Verlassenschaft eines ohne Erben verstorbenen Mitgliedes einzuziehen[2]). Zu derselben Zeit kann Jemand zwar mehrere bürgerliche Aemter verwalten, jedoch

nicht verschiedene Staatsämter oder Magistraturen bekleiden[3]). Was nun insbesondere die Verantwortlichkeit der Beamten und der Mitglieder von Behörden anbetrifft[3a]), so ist darüber zu bemerken: 1) Beamte aller Art haften für ihr eignes Verschulden ohne Beschränkung, die Erben derselben aber nur für die lata culpa ihrer Erblasser[4]), wogegen wiederum ihre Bürgen und Nominatoren[5]) die volle Verantwortlichkeit trifft[6]). 2) Die Schuld oder Nachlässigkeit eines Vorgängers im Amte fällt dem Nachfolger nicht zur Last, und eben so wenig kann Jemand nach niedergelegtem Amte aus der Verwaltung seines Nachfolgers in Anspruch genommen werden[7]). 3) Was nun aber die Frage anbetrifft: ob und inwiefern einer von mehreren Amtscollegen für den Anderen in Anspruch genommen werden könne? so ist im Allgemeinen anzunehmen, daß dabei immer eine Schuld, wenigstens eine indirecte Vernachlässigung der einem jeden obliegenden Pflichten vorausgesetzt werde, in welchem Falle die Verbindlichkeit Aller eine solidarische ist, wenngleich zunächst der Gerirende haftet[8]). Außerdem aber ist zu unterscheiden zwischen Magistratspersonen (und Staatsbeamten), und zwischen anderen öffentlichen Verwaltern. Bei Jenen ist die amtliche Pflicht an sich ebenfalls ungetheilt, also auch ihre Verantwortlichkeit solidarisch[9]), indessen werden die Collegen nicht blos nach dem Gerirenden und dessen Bürgen in Anspruch genommen, sondern, falls nicht Jeder die Gefahr der Amtsführung des Anderen ausdrücklich übernommen hat[10]), erst nach den Bürgen und Nominatoren[11]). Bei anderen Verwaltungen (bloßen munera) dagegen kommt es darauf an, ob die Collegen an sich zur gemeinschaftlichen gestio verpflichtet waren, oder nicht; im ersten Fall haften sie vor den Bürgen[12]), im zweiten dagegen ebenfalls erst nach diesen[13]). Auch trifft die Collegen nie eine eigentliche Strafe, welche sie nicht selber durch ihre Handlungen verschuldet haben[14]).

1) L. 25. D. *ad munic.* L, 1.

2) L. 4. C. *de heredit. decur.* VI, 62.

3) L. 14. §. 1. C. *de assessor.* I, 51. L. 10. §. 1. C. *de prox. sacr. scrin.* XII, 19. L. 5. pr. C. *qui milit. poss.* XII, 34.

3a) S. überh. G. L. Funke Beiträge zur Erörterung practischer Rechtsmaterien (Chemnitz 1830.) Nr. II. S. 97 fgg.; welcher die Anwend-

barkeit der Grundsätze des Röm. Rechts auf die heutigen Stadträthe in Zweifel zieht.

4) L. 6. D. *de adm. rer. ad civ. pertin.* L, 8. — L. 4. L. 6. D. *de magistr. conv.* XXVII, 8. L. 17. C. *de negot. gest.* II, 19. — Vgl. L. 9. §. 1. u. 4. D. *de adm. rer. ad civ. pertin.*

5) L. 2. C. *de decur.* X, 31. Tit. C. *de peric. nominator.* XI, 33. L. 2. §. 7. D. *de adm. rer. ad civ. pert.* L. 2. C. *quo quisq. ord.* XI, 35. — Vgl. dabei v. Savigny Gesch. des Röm. R. im Mittelalter I. S. 20.

6) L. 3. §. 4 D. *de adm. rer. ad civ. pert.* L. 13. D. *ad munic.* — L. 17. §. 15. *eod.* L. un. C. *de per. eor., qui pro magistr. interv.* XI, 34. — L. 15. §. 1. D. *ad munic.* L. 2. §. 7. D. *de adm. rer. ad civ. pert.* L. 1. C. *de per. nominat.* XI, 3. — Uebr. s. L. 17. §. 15. D. *ad municip.* L. 1. pr. D. *de magistr. conveniend.* XXVII, 8.

7) L. 9. §. 9. D. *de adm. rer. ad civ. pert.* L. 23. C. *de decur.* X, 31. — Vgl. auch L. 1. in f. C. *quo quisque ord.* XI, 35. — A. M. ist *C. H. Weise* Pr. *J. F. Richter* D. de obligat. successor. in collegiis ex antecessorum fact. Lips. 1754. S. indessen auch noch *T. Thomasius* D. an ex facto antecessorum illicito teneatur collegium. Lips. 1733. und *C. F. C. Becker* D. an et quatenus collegium culpam ab uno alterove ex suis membris vel antecessoribus commiss. praestare teneatur. Goett. 1741.

8) S. L. 13. D. *ad munic.* L. 9. §. 8. D. *de adm. rer. ad civ. pertin.* L. 3. C. *quo quisque ord.* — Daß auch in Absicht auf culpa ein Unterschied zwischen magistratus und munera zu machen sei, wie noch in der doctrina Pandectarum angenommen wird, läßt sich weder nach allgemeinen Grundsätzen vertheidigen, noch wird es durch L. 1. u. 2. C. *quo quisque ord.* begründet; hier ist nur von solidarischer Verbindlichkeit die Rede, und diese ist freilich immer vorhanden, wenn Niemand der Collegen außer Schuld ist. S. Ribbentrop zur Lehre von den Correal-Obligationen §. 10. S. 75 fg. Note 17. 18.

9) L. 25. L. 11. D. *ad munic.* — Vgl. L. 2. §. 8. D. *de adm. rer. ad civ. pert.* — Vgl. *J. Fl. Rivinus* D. de culpa ab uno collegar. commissa a toto collegio praest. Lips. 1742.

10) L. 1. pr. D. *de magistr. conv.* L. 3. C. *quo quisque ord. conveniatur* XI, 35.

11) L. 11. 12. 13. D. *ad municip.* (Vgl. *Cujacius* ad Papin. Lib. II. quaest. in opp. post. ed. Par. T. I. P. I. p. 36 sqq.) L. 4. C. *quo quisq. ord.* Uebr. s. noch L. 7. D. *de magistr. conv.* u. L. 1. §. 14. D. *de tut. et rat. distr.* XXVII, 3.

12) L. 1. u. 2. C. *quo quisque ord. conv.*

13) L. 1. 2. C. *quo quisque ord.* — Arg. L. 2. C. *de div. tut.* V, 52.

14) L. 17. §. 15. D. *ad munic.*

§. 200.

3) Von eigentlichen Corporationen*).

Vereine Mehrerer zu einem bleibenden Zwecke, welche nicht zu den bisher genannten universitates gehören, werden

überhaupt societates [1]), gewöhnlicher collegia und corpora [2]) genannt; so: religiöse Verbrüderungen, große Handelsvereine, Handwerkszünfte u. dgl. m. [3]). Diese Vereine nun sind entweder erlaubte oder unerlaubte, d. s. im Allgemeinen alle, die gegen gesetzliches oder obrigkeitliches Verbot zusammentreten [4]); von selbst versteht sich hierbei ein Zwang zur Auflösung solcher Verbindungen [5]), nicht selten sind auch noch besondere Strafen damit verbunden [6]). Aber nicht alle an sich erlaubten, oder nicht gemißbilligten Corporationen haben das Recht juristischer Persönlichkeit [7]), und andere, wenn ihnen auch im Allgemeinen Persönlichkeit zugestanden wird, sind doch durch s. g. privilegia odiosa eingeschränkt [8]); immer aber können dergleichen Verbindungen Zusammenkünfte halten und über ihre gemeinschaftlichen Angelegenheiten sich berathen und Beschlüsse fassen [9]). Jedenfalls muß ein Verein Anfangs aus wenigstens drei Mitgliedern bestehen, soll ihm anders das Recht einer juristischen Person zukommen können [10]); doch wird das Recht der Gesammtheit auch durch ein einziges Mitglied erhalten (§. 197. Note 20.). Eine dem Röm. Recht eigenthümliche Einschränkung ist noch, daß Niemand Mitglied mehrerer solcher Vereine seyn soll [11]). Uebrigens sind einzelne Corporationen auch durch vortheilhafte jura singularia ausgezeichnet [12]).

*) Dig. (XLVII, 22.) *de collegiis et corporibus* (al. *illicitis* s. *Dirksen* a. a. O. S. 4. Note 6. S. 38. Note 101.). — *J. G. Heineccii* D. de collegiis et corporib. opificum (opusc. varior. syll. exerc. IX.). — *J. L. H. de Wassenaer* D. ad Tit. D. de coll. et corp. (in *Fellenbergii* jurisprud. ant. T. I. Nr. VII.).

1) L. 1. §. 1. D. *quod cujusc. univ. nom.* III, 4. L. 59. pr. D. *pro soc.* XVII, 2. („haec in *privatis societatibus* ait: in societate vectigalium nihilominus manet societas"). L. 22. *de fidejuss.* XLVI, 1. L. 31. in f. D. *de furt.* XLVII, 2. — Vgl. Hasse Güter-Gemeinschaft S. 190. Note 3.

2) Vgl. *Wassenaer* l. l. c. 1. — Dirksen S. 5. Note 7. 8. 10.

3) Vgl. *Brissonius* v. *collegium* §. 2. v. *corpus* §. 6.

4) L. 1. pr. und §. 1. L. 3. §. 1. D. *h. t.* — S. *Cujacii* observat. VII, 30.

5) L. 3. pr. D. *h. t.* „Collegia, si qua fuerint illicita, mandatis et constitutionibus et SCtis dissolvuntur. *Sed permittitur eis, cum dissolvuntur, pecunias communes, si quas habent, dividere, pecuniamque inter se partiri.*" — S. *Heineccius* l. l. c. I. §. 25. u. Marezoll in Löhrs Mag. Bd. IV. S. 208.

6) L. 1. §. 14. D. *de offic. praef. urbi* I, 12. L. 2. D. *h. t.* (vgl. *Cic.* ep. ad Qu. Fr. II, 3.). — L, 15. C. *de ep. et cler.* I, 3. — *Wassenaer* l. l. c. VI.

7) Beispielsweise mögen hier die Freimaurer-Verbindungen genannt seyn. Vgl. *Wassenaer* c. IV. p. 418.

8) S. z. B. L. 1. C. *de Jud.* I, 9. — Vgl. *Cujacii* obs. VII, 30. und Dirksen a. a. O. S. 142.

9) S. meine Beurtheilung u. s. w. S. 160. 161.

10) L. 85. D. *de V. S.* (vgl. L. 40. §. 3. *eod.*). L. 1. §. 16. 17. D. *de vi* XLIII, 16. *Merillii* observ. II, 24.

11) L. 1. §. 2. D. *h. t.* (vgl. Dirksen S. 88. u. Note 266.). — c. 5. X. *de praebend.* III, 5.

12) S. z. B. a) L. 5. §. 12. D. *de jure immun.* L, 6. — b) L. 1. 2. 3. 5. C. *de hered. decur., navicularium, cohortalium, milit., et fabricensium* VI, 62. (vgl. Dirksen S. 99. 100.). — Ueber den heutigen Gebrauch s. *Heineccius* l. l. c. II.

§. 201.

II. Von den s. g. pia corpora.

Durch den Ausdruck: pium corpus, auch pia causa (fromme, milde oder gemeinnützige Stiftung), pflegt man alle zu einem religiösen, wohlthätigen, sittlichen, Unterrichts- und Bildungszwecke, und zwar mit dem Rechte einer juristischen Person bestehenden Anstalten zu bezeichnen [1]). Diese Lehre hat ihren Hauptsitz in anderen Theilen der Rechtswissenschaft; indessen giebt es doch manche dahin gehörige und dem anwendbaren Rechte nicht fremde Bestimmungen, welche unmittelbar aus dem Röm. Recht abzuleiten sind, oder doch mit Begriffen und Grundsätzen desselben in dem genauesten Zusammenhange stehen; es sind dies im Allgemeinen folgende: **1)** Es stehen einem pium corpus alle Vermögensrechte zu, welche juristische Personen überhaupt haben und ausüben können, und namentlich auch das Recht, durch Verträge und letztwillige Verfügungen zu erwerben [2]). **2)** Kirchen und diesen gleichgesetzte fromme Stiftungen haben überdies manche Privilegien, welche sich theils auf Rechtserwerb beziehen [3]), theils auf Abwendung von Nachtheilen [4]), theils auf Befreiung von öffentlichen Lasten [5]). **3)** Die Veräußerung von Sachen, besonders unbeweglichen, welche einer Kirche und ähnlichen Anstalten gehören, darf nur aus bestimmten Gründen und unter Beobachtung gewisser Formen geschehen [6]). **4)** Die rechtlichen Verhältnisse der zu solchen Anstalten gehörigen Beamten sind im Ganzen nach denselben Grundsätzen zu beurthei-

len, welche für Staatsdiener gelten, vorausgesetzt, daß jene Institute den Character von Staatsanstalten haben; auf die Administratoren des kirchlichen u. s. w. Vermögens wird analogisch das Vormundschaftsrecht angewandt[7]), wobei sich jedoch von selbst versteht, daß sie bei der Vornahme rechtlicher Handlungen denjenigen Beschränkungen nicht unterworfen sind, welche lediglich darin ihren Grund haben, daß manche Rechtsgeschäfte überhaupt keine Stellvertretung zulassen[8]). 4) Daß pia corpora mit juristischer Persönlichkeit nur durch Genehmigung der Staatsregierung begründet werden können, ist aller rechtlichen Analogie gemäß[9]); auch ist es falsch, daß, wie man häufig annimmt, einige ausnahmsweise durch Testament gestiftet werden dürfen[10]). Eben so ist denn auch anzunehmen, daß, wenn die Anstalt aufgehoben wird, das ihr zugehörige Vermögen dem Fiscus zufällt[11]), falls nicht der Begründer derselben hierüber etwas Anderes bestimmt hat.

1) *J. H. Böhmer* de privilegiis legatorum piorum genuinis et spuriis (exerc. ad Pand. T. V. Nr. 80.) c. I. §. 2—7. — Solcher Anstalten werden im Röm. Recht genannt: Gotteshäuser, Klöster (zu welchen auch die asceteria gehörten), Waisenhäuser, Findelhäuser (brephotrophia), Krankenhäuser und andere Verpflegungs-Anstalten (gerontocomia, ptochotrophia, xenodochia). S. L. 23. C. *de sacros. ecclesiis* I, 2. L. 35. C. *de ep. et cler.* I, 3.; vgl. auch L. 28. C. *de ep. et cler.* — Uebrigens führt eine zu allgemeine Bestimmung des Begriffs einer pia causa zu seltsamen Folgerungen. M. vgl. darüber meine Beurtheilung u. s. w. S. 141 fgg.

2) *Ulpiani* Fr. XXII. §. 6. — L. 1. 13. 26. C. *de sacros. eccles.* — L. 24. L. 49. C. *de ep. et cler.* — Vgl. Dirksen civ. Abhandl. II. S. 137. 138.

3) a) L. 2. D. *de pollicit.* L, 12. b) §. 23. 26. I. *de act.* §. 1. I. *de poena tem. litig.* — c) L. 20. C. *de ep. et cler.* — d) c. 11. X. *de testam.* III, 26. — e) Nov. 7. c. 3. §. 2. — f) Nov. 131. c. 12.

4) Z. B. a) L. 22. C. *de sacros. eccl.* Nov. 131. c. 12. — b) c. 1. X. *de in int. rest.* I, 41. („— si ecclesia laesa est, et manifeste apparet detrimentum ipsius, cum — ecclesia jure minoris debeat semper illaesa servari"). c. 2. X. *eod.* — c) Nov. 131. c. 6.

5) L. 23. C. *de sacros. eccl.* L. 35. C. *de ep. et cler.* Nov. 131. c. 5.

6) L. 14. 17. C. *de sacros. eccl.* L. 32. C. *de ep. et cler.* Nov. 110.

7) L. 32. C. *de ep. et cler.*

8) Vgl. z. B. L. 90. pr. D. *de acq. her.* XXIX, 2. und unten Bd. III. §. 592. mit den Citaten der Note 2.

9) Arg. L. 1. pr. D. *quod cujusq. univ. nom.* III, 4. — Vgl. J. N. v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civ. Rechts nach Heise Bd. I. §. 106. u. Mackeldey Lehrb. §. 145.

10) Man gründet diese Ansicht auf L. 24. 28. C. *de ep. et cler.* L. 46. *eod.* (L. restit.) L. 49. §. 2. *eod.* Nov. 131. c. 11. — Dagegen s. meine angeführte Beurtheilung S. 169 — 188. und Mackeldey

a. a. O. Note V. Mittelbar sucht Roßhirt (Archiv f. civilist. Praxis Bd. X. Nr. XIII. §. 4 fgg. S. 323 fgg.) Privatstiftungen dieser Art dadurch aufrecht zu erhalten, daß er ihnen alle selbstständige Persönlichkeit abspricht, sofern nicht dadurch eine wahre Gemeinde begründet werden soll. Allerdings ist diese Ansicht im Röm. Rechte enthalten, doch weder allgemein für alle Anstalten ausgesprochen, die man jetzt pia corpora nennt, noch heut zu Tage mehr anwendbar, indem die im Röm. Recht Statt findenden Voraussetzungen ihrer Anwendbarkeit jetzt fehlen. S. darüber meine Abhandl. a. a. O.

11) *J. H. Boehmer* Jus ecclesiast. Protest. Lib. III. Tit. 13. §. 54. — Von dem Recht der Staatsregierungen, pia corpora aufzuheben oder zu säcularisiren, ist hier nicht zu handeln.

§. 202.

III. Das Recht des Fiscus *).

Früher waren der Fiscus (die Kasse des Kaisers) und das aerarium populi ganz getrennt[1]), allmählig aber, da beider Einkünfte und Verwendungszwecke immer mehr in einander liefen[2]), begriff man unter Fiscus das gesammte Staatsvermögen[3]); doch wurde nun wiederum unter anderen Namen des Kaisers Vermögen von dem Fiscus geschieden und auf eigenthümliche Art verwaltet[4]). Zu den fiscalischen Einkünften nun gehören außer den Revenuen von Ländereien und ausstehenden Forderungen alle eigentlichen Staatseinkünfte, als: Steuern und Zölle (s. den folg. §.), herrenlose Güter (bona vacantia), Geldstrafen, wegen Zolldefraudation verwirkte Strafen (s. den folg. §.), und eigentliche Confiscationen[6]). Der Fiscus hat sehr viele Privilegien, die sich auf vier Klassen zurückführen lassen: entweder a) beziehen sie sich auf Rechtserwerb[7]), oder b) sie haben zum Zweck, Schaden und Ansprüche von dem Fiscus abzuwenden[8]), oder c) sie sind auf Sicherstellung, so wie auf eine möglichst schnelle und ungehinderte Durchsetzung und Vertheidigung der fiscalischen Rechte gerichtet[9]), endlich d) auf Befreiung von Lasten[10]). Aber auch der Fiscus darf ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung kein Privilegium in Anspruch nehmen, im Zweifel gilt daher für ihn das regelmäßige Recht[11]). Dagegen läßt sich aber auch das Daseyn sogenannter privilegia odiosa für den Fiscus nicht behaupten[12]).

*) Dig. (XLIX, 14.) u. Cod. (X, 1.) *de jure fisci.* — T. T. c. X, 2—30. — *M. Ant. Peregrini* de jurib. et privil. fisci Libri VII.

(VIII.). Montisbel. 1619. 12. — *A. a Leyser* meditt. ad Pand. spec. 657. (de fisco principis) u. sp. 658. (de fisco magistratuum).

1) *L. Ann. Seneca* de benef. VII. c. 6. *Tacit.* annal. VI. c. 2. *Plinii* Panegyr. c. 42. *Ael. Spartiani* Hadrianus c. 7.

2) Vielleicht wurden ſchon zur Zeit der früheren Kaiſer die Ausdrücke fiscus und aerarium bisweilen gleichbedeutend genommen. S. L. 20. §. 6. D. *de hered. pet.* V, 3. L. 13. pr. D. *h. t.* Doch dagegen *Heineccius* ad L. Jul. et P. P. Lib. III. c. V. §. 2. a. E.

3) §. ult. I. *de usuc.* L. 3. pr. C. *de quadriennii praescr.* VII, 37. — Uebr. vgl. *Leyser* spec. 657. med. 4. und v. Bülow und Hagemann pr. Erört. III, 9. §. 2.

4) Unterholzner Verjährung durch fortgeſetzten Beſitz §. 13. Nr. 3. — L. 6. §. 1. D. *h. t.* („Quodcumque privilegium fisco competit, hoc idem et Caesaris ratio et Augustae habere solet.") L. 3. C. *de quadr. praescr.*

5) Die fiscaliſchen Grundſtücke haben aber nicht das Recht öffentlicher Plätze. S. L. 1. §. 4. D. *ne quid in loco publ.* XLIII, 8.

6) Vgl. hierüber Bd. III. §. 612. Note 4., und über vacante Erbſchaften und Erbtheile §. 637. Note 8. §. 782. §. 786.

7) a) L. 17. §. 5. u. 6. L. 43. D. *de usur.* XXII, 1. — b) L. 4. C. *de fide et jure hastae fiscalis* X, 3. — c) L. 11. §. 5. D. *de publican.* XXXIX, 4. — d) L. 1. §. 2. und L. 2. D. *de offic. procuratoris Caesaris, vel rationalis* I, 19. L. 25. §. 2. D. *de a. vel o. h.* XXIX, 2. L. 46. §. 8. D. *h. t.* — e) L. 43. D. *h. t.* — f) L. 1. in f. C. *de metallar.* XI, 6.

8) a) L. 2. C. *comm. de usuc.* VII, 30. — b) L. 45. pr. L. 46. §. 1. D. *h. t.* — c) L. 1. §. 18. D. *ut legat. vel fideic. nom. cav.* XXXVI, 3. L. 3. §. 5. D. *si cui plus* etc. XXXV, 3. — d) §. ult. I. *de usuc.* L. 3. C. *de quadr. praescr.* VII, 37. — e) L. 6. C. *de fide et j. hastae fisc.* X, 3. — S. auch L. 5. pr. D. *h. t.* u. L. 9. pr. D. *de re milit.* XLIX, 16. — f) L. un. C. *de vend. rer. fisc. c. priv. comm.* X, 4. — g) L. 1. C. *de her. v. act. vend.* IV, 39 — h) L. ult. (nach der Mitte) D. *h. t.* — i) L. 4. C. *quib. ex c. maj. in int. rest.* II, 54. — k) L. 49. D. *loc.* XIX, 2.

9) a) L. 28. L. 46. §. 3. D. *h. t.* L. 1. 2. C. *in quib. c. pign. tac. contr.* L. 1. 2. 4. C. *de privil. fisci* VII, 73. — b) L. 6. D. *h. t.* — c) L. 1. C. *de cond. ex lege* IV, 9. L. 3. 4. C. *quando fisc. v. priv. debitoris sui debitor. conv.* IV, 15. Vgl. L. 3. §. 8. D. *h. t.* — d) L. 2. 4. 5. C. *ubi causae fisc. vel div. dom. ag.* III, 26. L. 3. C. *qu. fisc. v. priv.* IV, 15. — e) L. 2. §. 1. 2. D. *h. t.* — L. 45. §. 5. *eod.* — f) L. 5. pr. C. *de fer.* III, 12. — g) L. 46. §. 4. 5. D. *h. t.* L. 1. 3. C. *de compensat.* IV, 31. — h) L. 35. D. *h. t.* — i) L. un. C. *de sent. adv. fisc. latis retractand.* X, 9. — k) L. 4. L. 8. C. *quor. appell. non recip.* VII, 65.

10) L. 9. §. 8. D. *de publican.* XXXIX, 4. — Auch die Befreiung des Fiscus von Cautions-Leiſtungen läßt ſich aus dieſem Geſichtspunkt betrachten. S. Note 8. Nr. c.

11) L. 10. D. *h. t.* „Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit." — Manche verſtehen dieſe Aeußerung freilich ganz anders. S. z. B. *H. Grotii* flor. spars. p. 284. *Voet* ad Pand. tit. de J. F. §. 2. Glück Pand. VI. §. 527. S. 441. — Die hier gegebene Auslegung wird aber unterſtützt durch L. 2. C. *ne uxor. pro marito* IV, 12. L. 45. §. 10. D. *h. t.* L. 3. C. *de fiscalib. usur.* X, 8. L. 47. pr. D. *h. t.*

12) Denn wie die L. 17. D. *h. t.*, und die L. un. C. *poenis fiscalib. creditor. praeferri* (X, 7.) eigentlich zu verstehen sei, ergiebt sich aus der L. 37. D. *h. t.* Auch darf die Vorschrift der L. 2. u. 3. C. *ne fisc. vel respubl. procuration. alicui patrocinii causa in lite praestet* (II, 18.) nicht als jus singulare betrachtet werden.

§. 203.

Von Steuern und Zöllen, oder: von directen und indirecten Abgaben *).

Die directen Abgaben (gewöhnlich tributa genannt) [1]) sind entweder Personen-Steuern (tributum capitis), oder Vermögens-Steuern, die auf den Grund einer Abschätzung des Vermögens auferlegt werden [2]). Abgaben von Grundstücken lasten auf den jedesmaligen Besitzern, welche auch der Rückstände wegen in Anspruch genommen werden können [3]), und Verträge hierüber, die etwas Anderes festsetzen, sind nicht verbindend [4]). Die öffentlichen Lasten nun sind entweder ordentliche, — auch indictiones und canones genannt [5]), — oder außerordentliche, auch superindictiones [6]); die Lasten beider Art können entweder in Geldprästationen, oder in anderen Leistungen bestehen, wohin die Natural-Lieferung (annona) [7]), die Einquartierungs-Lasten (metata) [8]), die Angarien und Parangarien [9]) gehören. Zur Erhebung der Steuern sind exactores und susceptores angestellt [10]), und die von diesen dem Steuerpflichtigen eingehändigten Quittungen haben unbedingte Beweiskraft [11]). Die indirecten Abgaben werden meistens als vectigal bezeichnet; doch hat der Ausdruck auch eine allgemeine und unbestimmte Bedeutung, und außerdem wird auch der von agri vectigales zu leistende Canon darunter verstanden [12]), wovon hier überall nicht die Rede ist. Vectigal nennen wir also die nicht zu den tributa im eigentlichen Sinne gehörigen und dem Ertrage nach nicht bestimmbaren Abgaben, welche dem Fiscus, oder vielmehr den Zollpächtern (publicani) zu entrichten sind [13]), als: Waarenzoll, Verkaufszoll (v. rerum venalium), Abgaben für den Betrieb des Salz- oder Bergbaues u. a. [14]). Wenn nun Jemand die Angabe zu verzollender Gegenstände unterläßt, oder sonst wider das Zollgesetz (lex censoria) handelt [15]), so trifft ihn

die Strafe des commissum, d. h. die zu verzollenden Sachen sammt den Fahrzeugen, in welche sie geladen sind, fallen als bona commissa dem Fiscus an[16]), welcher indessen sein Recht daran binnen 5 Jahren geltend machen muß[17]). Gegen gewaltthätige Handlungen der Zollpflichtigen sind die Publicani besonders geschützt[18]), wogegen wegen der ihrer Seits verübten Diebstähle und sonst den Zollpflichtigen rechtswidrig zugefügter Beschädigungen, eine Klage auf das Doppelte gegeben wird, welche zugleich auf Sachverfolgung und Strafe gerichtet ist[19]). Was übrigens die für manche Personen und Sachen geltende Steuer- und Zollfreiheit anbetrifft, so kann darüber nicht das Römische, sondern nur das einheimische Recht zur Anwendung kommen[20]).

*) v. Savigny über die Röm. Steuerverfassung unter den Kaisern; in d. Zeitschr. f. hist. R. W. VI. Nr. V.

1) L. 1. §. 1. D. *de vectigal. et commiss.* XXXIX, 4. L. 32. §. 9. D. *de usu et usufr. leg.* XXXIII, 2. (vgl. *Cic.* pro lege Man. c. 7. u. L. 1. §. 20. D. *de quaest.* XLVIII, 18.). — *Petr. Perrenonii* animadvers. c. 30. (*Otto* thesaur. I. p. 660.)

2) *Festus* de V. S. v. *tributorum* (bei *Gothofr.* p. 468.). — Dig. (L, 15.) *de censib.* (vgl. L. 8. §. 7. *eod.* u. *Brisson.* de V. S. v. *capitatio.* — v. Savigny a. a. O. C. I.). — Cod. (XI, 57.) *de censib. et censitorib. et peraequatorib. et inspectorib.*

3) L. 36. D. *de J. F.* XLIX, 14. L. 7. pr. D. *de publ. et vect.* L. 2. C. *sine censu vel reliquis fundum comparari non posse* IV, 47.

4) L. 1. u. 3. C. *sine censu* etc. — L. 42. D. *de pact.* II, 14. (Ueber diese Stelle s. Glück Pand. XVI. S. 129—134.). — Auth. *sed et periculum* C. *sine censu* etc.

5) L. 1. C. *de indictionib.* X, 17. (*Brisson.* v. *indictio* §. 1. u. 3.) — v. Savigny a. a. O. S. 375 fgg.

6) L. un. C. *de superindicto* X, 18. — (Vgl. §. 194. Note 22.)

7) Cod. (X, 16.) *de annonis et tributis.*

8) Cod. (XII, 41.) *de metatis et epidemeticis.* — L. un. C. *de Salgamo hospitib. non praest.* XII, 42.

9) L. 18. §. 4. u. 29. D. *de mun. et hon.* L, 4. — Cod. (XII, 51.) *de cursu publico, et angariis, et parangariis* (vgl. *Gothofredus* ad L. 1. Th. C. *de cursu publ. rel.* VIII, 5.). — S. auch L. 18. §. 21. D. *de mun. et hon.*

10) Cod. (X, 19.) *de exactorib. tributor.* L. un. C. *de superexactionib.* X, 20. — Cod. (X, 70.) *de susceptorib. praepositis et arcariis.* — *Roth* de re mun. Rom. II. p. 107. not. 207. (Vgl. übr. Glück Pand. XIX. §. 1088. Note 98. Nr. 3.). T. T. C. X, 71—74. — Insbesondere s. auch Savigny a. a. O. C. III.

11) L. ult. C. *de apochis publ.* X, 22. — L. penult. *eod.*

12) L. 1. pr. L. 2. D. *si ager vectig. pet.* VI, 3. L. 39. §. 5. D. *de leg.* I. — (Vgl. *Gaji* Instit. II, 21. L. 7. §. 2. in f. D. *de usufr.*

VII, 1. *Theophil.* ad Inst. II, 1. §. 40.) — L. 12. §. 3. D. *de publican.* L. un. pr. u. §. 3. D. *de loco publ. fruendo* XLIII, 9. L. 1. §. 7. D. *ut in flum. publ. nav. lic.* XLIII, 14.

13) Dig. (XXXIX, 4.) *de publicanis et vectigalibus et commissis.* Cod. (IV, 61.) *de vect. et commiss.* — Ueber die Verpachtung der Vectigalia s. *Cic.* or. de lege agr. I. c. 3. L. 203. D. *de V. S.* — L. 9. pr. D. *h. t.* L. 4. C. *h. t.* — Von den Subjecten, welche zur Zollverpachtung nicht zugelassen werden, handeln L. 9. §. 2. 3. D. *h. t.* L. 45. in f. D. *de J. F.* XLIX, 14. L. un. C. *ne tut. v. cur. vectig. conducat.* V, 41. Nov. 123. c. 6. — Vgl. *Voet* ad Pand. h. t. §. 2. 3. *Westenberg* pr. jur. Dig. h. t. §. 23.

14) L. 17. §. 1. D. *de V. S.* L. 16. §. 7. D. *h. t.* L. 7. 8. C. *h. t.* (Octava, octavarium.) L. 3. C. *de metallariis* XI, 6. — *Paulli* sent. rec. IV. T. 6. (de vicesima) u. dazu Cujacius und Schulting Note 1. Coll. LL. Mos. et Rom. (Lex Dei) T. XVI. §. 9. a. E. — Vgl. *Heineccii* Antiq. Rom. Adp. Lib. I. c. I. §. 59—63. — c. 26. X. *de V. S.* (Pedagia, guidagia.)

15) L. 203. D. *de V. S.* S. auch Fragm. vet. JCti de jure fisci §. 18.

16) L. 11. §. 2. D. L. 11. C. *h. t.* — L. 14. D. *h. t.* (*Voet* ad h. t. §. 23.) — L. 11. §. 4. D. *h. t.* — L. 16. pr. *eod.* — Bisweilen fällt die Strafe ganz weg, oder sie findet doch nur unter Modificationen Statt: a) L. ult. §. 8. D. *h. t.* — b) L. ult. §. 10. D. *h. t.* Vgl. §. 5. *eod.* — c) L. ult. §. 12. *eod.* — d) L. 7. §. 1. *eod.* — e) L. 9. §. 5. D. *de minor.* — f) L. 3. C. *h. t.* — g) L. 1. C. *h. t.* — h) L. 2. C. *eod.*

17) L. 2. C. *h. t.*

18) Arg. L. 1. §. 1. D. *de loco publ. fruendo* XLIII, 9.

19) L. 1. pr. §. 2. 3. 4. 5. L. 5. §. 1. D. *h. t.* *Voet* im Pandektencommentar das. §. 19.

20) Vgl. *Voet* a. a. O. §. 27—29.

Drittes Capitel.

Von dem Familienrecht im weiteren Sinne.

§. 204.

Begriff.

Der Ausdruck familia wird nicht nur auf Personen bezogen, sondern auch auf das gesammte Vermögensverhältniß eines Erblassers[1]), so wie auf den Complexus der Sclaven eines Herrn[2]). Hier, so wie bei der Darstellung des Familienrechts im engeren Sinne (Buch IV.), liegt lediglich die erste Beziehung zu Grunde. Dabei unterscheiden wir denn für das practische Recht wieder einen zwiefachen Hauptbegriff, einen weiteren und einen engeren. Jener umfaßt sämmtliche durch Verwandtschaft oder Affinität mit einander

verbundene Personen[3]); dieser begreift nur die Hausgenossenschaft, d. i. hier den paterfamilias, als den Ersten in der häuslichen Gesellschaft[4]), nebst Gattin und Hauskindern[5]). Hiermit steht denn die Eintheilung der Menschen in sui und alieni juris in Verbindung[6]). Der Begriff von homines alieni juris war im älteren Rechte sehr umfassend[7]), im heutigen geht er blos auf die der väterlichen Gewalt unterworfenen Kinder. Für das rechtliche Verhältniß der Familie nun ist jener engere Begriff von überwiegender Wichtigkeit, denn er umfaßt das Recht der Ehe und das der väterlichen Gewalt. Mit der Eintheilung in homines sui und alieni juris, sofern unter den Letzteren die einer Familien-Gewalt unterworfenen freien Menschen verstanden werden, stehen aber noch zwei andere Begriffe in Verbindung: a) der von familia als einem Complexus von Agnaten (§. **206.**), worauf früher vorzugsweise der Begriff familia und die wichtigeren Familienrechte, Intestaterbrecht und Tutel, bezogen wurden[7a]); b) die Unterabtheilung der sui juris personae in völlig unabhängige, und solche, die einer Tutel oder Curatel untergeben sind[8]). Da nun aus den oben (§. **28.** S. **73.** a. E. und S. **75.**) angegebenen Gründen die Lehren von der Ehe, der väterlichen Gewalt und der Vormundschaft erst weiter unten (Buch IV.) entwickelt werden können, so bleibt hier nur eine Darstellung des allgemeinen Familienrechts übrig.

1) L. 195. §. 1. D. *de V. S.* — *Brissonius* de V. S. v. *familia.* — *J. Averanii* interpr. Lib. III. c. 37. nr. 7. Vgl. Huschke Rhein. Mus. VI. S. 275 fgg.

2) L. 195. §. 3. D. *de V. S.* — Vgl. L. 40. §. 3. *eod.* — Ueber die Vereinigung dieser Stelle mit *Paulli* sent. rec. Lib. V. Tit. 6. §. 3., und mit L. 1. §. 17. D. *de vi* (XLIII, 16.) s. *Brisson.* l. l. §. 6.

3) Klenze die Cognaten und Affinen; in der Zeitschr. f. histor. Rechtswiss. Bd. VI. Nr. I.

4) L. 195. §. 2. D. *de V. S.* „— Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat; non enim solam personam ejus, sed et jus demonstramus. Denique et pupillum patremfamilias appellamus."

5) L. 195. §. 2. D. *de V. S.* „— Jure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate, aut natura aut jure subjectae, utputa patremfamilias, matremfamilias, filiumfamilias, filiamfamilias, quique deinceps vicem eorum sequuntur, utputa nepotes, et neptes, et deinceps. — Et cum paterfamilias moritur, quotquot capita ei subjecta fuerunt, singulas familias incipiunt habere. — §. 5. Mulier autem familiae suae et caput et finis est."

L. 196. *eod.* „Familiae appellatione et ipse princeps familiae continetur. Feminarum liberos in familia earum non esse, palam est, quia qui nascuntur patris, non matris familiam sequuntur."

6) Pr. I. *de his, qui sui vel alieni jur. sunt.*

7) *Gaji* inst. I, 49. „— earum personarum, quae alieno juri subjectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt."

7a) S. L. 195. §. 2. in f. D. *de V. S.* Im neueren Recht hat dieser Begriff von familia fast nur noch eine untergeordnete Bedeutung; s. §. 209. Note 6. u. vgl. auch L. 69. §. ult. D. *de leg.* II. L. ult. C. *de V. S.* und §. 209. Note 4. — Klenze a. a. O. S. 5—16.

8) Pr. I. *de tutelis*

§. 205.

Begriff und Arten der Verwandtschaft *).

Verwandtschaft ist das durch Zeugung oder ein dieser gleichgeachtetes Ereigniß begründete Verhältniß zwischen bestimmten Personen. Nach der Begründungsart ist hiernach ein doppelter Begriff von Verwandtschaft zu unterscheiden: die natürliche und die rechtlich fingirte. I) Die natürliche Verwandtschaft ist entweder legitim, d. h. durch Erzeugung aus rechter Ehe begründet, oder illegitim. Die nicht aus rechter Ehe erzeugten Kinder heißen naturales, ein Name, welcher denen vorzugsweise zukommt, die aus einem Concubinat erzeugt sind [1]), die übrigen werden spurii, auch vulgo quaesiti genannt [2]), und diesen pflegt man wohl die ex damnato coitu natos entgegenzusetzen, worunter denn die s. g. adulterini und incestuosi verstanden werden [3]). Um nun seinen Ursprung von einem bestimmten Vater ableiten zu dürfen, ist erforderlich, daß das Kind innerhalb des gesetzlichen Termins zur Welt gekommen sei [4]), d. h. weder vor Anfang des siebenten Monats nach eingegangener [5]), noch nach vollendetem zehnten Monate nach beendigter Ehe [6]). Treffen diese Termine zu, so streitet die Präsumtion für die eheliche Geburt, nach der Regel: pater est quem nuptiae demonstrant [7]). Die heutige Praxis wendet diese Präsumtionen auch auf außereheliche Kinder an; hier wird also der gesetzliche Termin von dem Zeitpunkt an gerechnet, wo der angebliche Vater erweislich oder präsumtiv den Beischlaf vollzogen hat, oder zuletzt vollzogen haben kann. Das Geständniß des Vaters, daß ein Kind das

seinige sei, hat vollständige Beweiskraft [8]), wogegen der Mutter Geständniß, es sei nicht von ihrem Manne erzeugt, dem Kinde nicht schadet [9]). II) Auch die rechtlich fingirte Verwandtschaft ist zwiefacher Art: a) die civilis cognatio, d. i. die durch eine juristische Handlung (Adoption) begründete, wodurch auch das Verhältniß der väterlichen Gewalt und das Agnationsrecht entsteht [10]); b) die spiritualis cognatio, welche durch das Sacrament der Taufe begründet wird [11]).

*) Dig. (XXXVIII, 10.) *de gradib. et adfinib. et nominibus eorum.*

1) Vgl. *Isidori* origin. Lib. IX. c. 5. v. *naturales* (bei *Gothofred.* p. 1055.). L. 2. 3. 4. 8. 9. ult. C. *de naturalib. liberis* V, 27. — §. ult. I. *de nupt.* — Vgl. Nov. 74. c. 6. — Bisweilen wird der Ausdruck naturales liberi für Kinder gebraucht, die man erzeugt hat, im Gegensatz von Adoptiv-Kindern L. 1. §. 4. in f. D. *unde cogn.* XXXVIII, 8. Pr. I. *de adopt.* §. 2. I. *de hered., quae ab int.* Ueber die Bedeutung von naturales liberi für uneheliche Kinder überhaupt, s. §. 5. I. *qui et quib. ex causs. manum. non poss.* L. 54. D. *mandati* XVII, 1. — Vgl. L. 1. und 7. D. *de natural. lib.* *Theophilus* zu §. ult. I. *de nupt.* u. das. *Reitz* not. k.

2) §. 12. I. *de nupt.* L. 23. D. *de statu hom.* I, 5. — L. 5. D. *de statu hom.* L. 6. pr. D. *de decur.* L, 2. — Vgl. auch *C. H. Stever* Spec. an e jure Justinianeo patri incumbat onus alendi spurios (Rost. 1816.) p. 28 — 30. — Der gewöhnlich zwischen spurii und vulgo quaesiti angenommene Unterschied (s. Höpfner Commentar §. 137.) wird auf gewisse Weise auch anerkannt in der L. 16. §. 1. D. *de his, quae ut indignis* XXXIV, 9. S. über diese Stelle *Heinecc.* ad L. Jul. et P. P. p. 109. 110. u. unten Bd. III. §. 501. Note 9.

3) Es gründen sich diese Benennungen auf Nov. 12. c. 1. und Nov. 89. c. 15.

4) *A. Gellii* N. A. III, 16. („Temporis varietas in puerperiis mulierum quaenam sit et a medicis et a philosophis tradita.") — *C. A. Fabroti* exerc. I. de tempore humani partus (in Otto thesaur. III. p. 1140 sqq.). *P. L. Behrmann* comm. de termino nascendi naturali unico filiationis et paternitatis fundamento. Goett. 1784.

5) L. 12. D. *de statu hom.* I, 5. („Septimo mense nasci perfectum partum, jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est, eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse"); vgl. mit L. 3. §. 12. D. *de suis et legit. hered.* XXXVIII, 16. („De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit, et Div. Pius pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum." S. oben §. 85. Note 8.) Den dort genannten Schriften ist noch beizufügen: v. Buchholtz juriſt. Abhandl. (Königsb. 1833.) Abh. 14. S. 199 fgg. S. auch *Pauli* rec. sent. IV, 9. §. 5. — Man darf diese Präsumtion übrigens nur für eine gewöhnliche praesumtio juris halten, die also durch Gegenbeweis aufgehoben werden kann; arg. L. 6. D. *de his, qui sui vel al. jur.* (s. unten die Note 7.). S. auch *Behrmann* l. l. §. 6. 8. Thibaut Pand. §. 366. §. 259. Nr. B. a. A. M. ist Weber Beweisführung V. §. 11. — S. übrigens, was die Autori-

tät des Hippocrates anbetrifft, worauf unsere Rechtsquellen sich stützen, Mende Handbuch der gerichtl. Medizin Bd. II. §. CXLI — CXLVI. S. 352 — 358. — Jedoch vgl. man auch *A. Gell.* I, 16., wo eine Stelle aus der Schrift des Hippocrates *περὶ τροφῆς* s. de nutritione angeführt wird.

6) L. 3. §. 11. D. *de suis et legit. her.* L. 4. C. *de posth. hered. instit.* VI, 29. — Diese darf man wohl für eine s. g. praesumtio juris et de jure halten. A. M. ist *L. Heister* D. qua partus tridecimestris pro legit. habit. proponitur *rel.* Helmst. 1753. (ed. nov.). S. aber Schott Eherecht §. 85. Note XXXX. Metzger gerichtl. A. W. §. 286 — 296. — Vgl. auch Archiv f. civilist. Praxis IV. S. 392 — 394. — Dagegen darf man sich auch nicht auf Nov. 39. c. 2. berufen, wie gleichwohl von Mehreren geschieht, z. B. von *Fabrotus* l. l. p. 1169. 1170. und *Behrmann* §. 14. Denn m. s. *J. L. E. Püttmann* Prol. de partu undecimestri (opuscul. syll. Nr. XII.). — Die Alten sprachen freilich auch schon von einem partus tridecimestris. S. *Plinii* nat. hist. VII, 5. u. *Gell.* l. l. in f.

7) L. 5. D. *de in jus vocando* II, 4. und die in den beiden voraufgehenden Noten angeführten Stellen. Natürlich kann diese Regel nicht unbedingt giltig seyn. S. L. 6. D. *de his, qui sui vel alieni jur.* I, 6. („— Sed si fingamus, abfuisse maritum, verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua: placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum, Julianus ait, eum, qui cum uxore sua assidue moratus noluit filium agnoscere, quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constat maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente, vel alia causa; vel si ea valetudine paterfamilias fuit, ut generare non posset: hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse.") L. 1. §. 14. D. *de agnosc. vel alend. liber.* XXV, 3.

8) Nov. 117. c. 2. — Vgl. auch L. 29. pr. D. *de probat.* XXII, 3. u. L. 1. §. 3. D. *de quaestion.* XLVIII, 18.

9) L. 29. §. 1. D. *de probat.* — Weber Beweisführ. S. 148. Note 29. Glück Pand. Bd. XXI. S. 423 — 432.

10) L. 1. §. 4. D. *unde cogn.* XXXVIII, 8. — Vgl. den folgenden §. Note 3.

11) L. 26. C. *de nupt.* V, 4. — T. T. Decretal. (IV, 11.) und Sexti (IV, 3.) *de cognatione spirituali.* — Glück Intestaterbfolge §. 14. Dessen Pand. XXIII. §. 1215. b.

§. 206.

Cognaten im e. S. und Agnaten.

Cognation ist der Gattungs-Name für jede Art der Verwandtschaft. In einem besonderen Sinne aber werden einander entgegengesetzt Cognaten und Agnaten. Jene sind natürliche Blutsverwandte, welche nicht zur Familie im Sinne des älteren Römischen Rechts (§. **204.** Nr. a.

und Note 7 [a]) gehören; diese sind Verwandte, welche die familia in jenem Sinne bilden, gleichviel, ob die Verwandtschaft durch Zeugung oder durch eine juristische Handlung begründet ist. Mit Rücksicht auf den Grund, woraus das Agnations-Verhältniß abzuleiten ist, kann man Agnaten diejenigen nennen, welche mit einander derselben väterlichen Gewalt unterworfen sind, oder es gewesen seyn würden, falls der Urheber der Familie noch am Leben wäre [1]). Das Prinzip der Agnation ist also väterliche Gewalt, oder im Sinne des alten Röm. Rechts: Familiengewalt über freie Menschen [1a]); väterliche Gewalt aber kann nur durch eheliche Erzeugung, und was dieser juristisch gleichsteht, begründet werden, auch nur Männern zustehen [1b]). Hieraus erklärt es sich denn, daß die Römer Agnaten als durch Zeugung verwandte Personen (quasi a patre cognati) bezeichnen, Cognaten im e. S. aber diejenigen nennen, welche nur durch Weiber verwandt sind [1c]). Agnaten sind nun im rechtlichen Verstande immer zugleich auch Cognaten, d. h.: die der natürlichen, der Bluts-Verwandtschaft beigelegten rechtlichen Wirkungen gelten auch für die Agnaten, mögen sie Blutsfreunde seyn, oder nicht [2]). Indessen treten die letzteren nur zu den Agnaten des Adoptiv-Vaters in ein Cognatenverhältniß (eorum tantum fiunt cognati, quibus agnascuntur), und auch dies hört ganz auf, sobald das Agnationsverhältniß wegfällt, wogegen leibliche Agnaten auch nach aufgehobenem Agnations-Nexus im Cognatenverhältnisse bleiben [3]).

1) L. 195. §. 2. D. *de V. S.*

1 a) S. *Gaji* inst. II, 159. III, 3.

1 b) L. 195. in f. D. *de V. S.* „Mulier autem familiae suae et caput et finis est." — L. 13. D. *de suis et legit. hered.* XXXVIII, 16. (S. unten Bd. III. §. 625. Note 1.).

1 c) Vgl. *Gaji* inst. I, 156. III, 10. — L. 10. §. 2. D. *h. t.* — *Ulpiani* Fragm. XXVI. §. 1. L. 7. D. *de legit. tut.* XXVI, 4. §. 1. I. *de legit. agn. tut.* (S. über die Definition Ulpians *Cujac.* in not. ad *Ulp.* IX, 4. *Jac. Perizonius* D. de lege Vocon. in der Diss. trias. Daventr. 1679. p. 196.). — Auch die sui waren und hießen daher agnati. L. 10. §. 3. D. *h. t.* XXXVIII, 10. L. 12. D. *de suis et legit.* XXXVIII, 16. — Vgl. auch *Püttmann* interpr. et observat. c. 10.

2) L. 4. §. 2. D. *h. t.*

3) Man vgl. die Stellen: L. 5. D. *unde legit.* XXXVIII, 7. L. 1. §. 4. und L. 3. D. *unde cogn.* XXXVIII, 8. L. 4. §. 10. *h. t.* („In adoptionem datus, aut emancipatus, quascunque cognationes adfinitatesque habuit, retinet: adgnationis jura perdit. Sed in ea familia, ad quam per adoptionem venit, nemo est illi cognatus, praeter patrem, eosve, quibusque adgnascitur: *adfinis autem ei omnino in ea familia nemo est.*") §. 3. I. *de legit. agn. tut.* §. 11. I. *de hered., quae ab int.*

§. 207.

Mehrfache, vollbürtige, halbbürtige Verwandtschaft.

Eine mehrfache Verwandtschaft ist vorhanden, wenn die Verwandtschaft aus verschiedenen Gründen abgeleitet werden kann, sei es, daß juristische und natürliche Verwandtschaft zusammentreffen, oder daß man durch mehrere zu demselben Stamme gehörige Personen mit einander verwandt ist [1]). Hiedurch ist denn von der mehrfachen Verwandtschaft leicht zu unterscheiden das Verwandtschaftsverhältniß der vollbürtigen Geschwister, d. h. der von einem Vater und einer Mutter abstammenden [2]). Sie werden vollbürtige Geschwister genannt (germani), im Gegensatz der halbbürtigen, welche man consanguineos nennt, wenn sie von demselben Vater aber von verschiedenen Müttern abstammen [3]), uterinos, wenn sie nur eine gemeinschaftliche Mutter haben [4]). Von der Berechnung der Verwandtschaftsgrade kann hier übrigens nicht die Rede seyn, indem dies schon aus dem Unterricht über die Anfangsgründe der Civilrechts-Wissenschaft als bekannt vorausgesetzt werden muß [5]).

1) *J. C. Koch* success. ab intestato civil. (edit. VIII.) Auctar. III. p. 245 sqq. — Glück Intestaterbf. §. 19. — Hugo civ. Magaz. Bd. IV. Nr. VII. u. XVI. — Göschen Grundriß zu Pandekten-Vorlesungen §. 57. S. 38 fgg. L. 10. §. 14. D. *h. t.* a) „Avia paterna mea nupsit patri tuo, peperit te, aut (et?) avia paterna tua nupsit patri meo, peperit me: ego tibi patruus sum, et tu mihi. *Id* (*idem*) evenit, si mulieres, altera alterius filio nupserint: nam qui ex his masculi nati fuerint, invicem patrui sunt, quae foeminae, invicem amitae: item masculi foeminis similiter patrui, foeminis illis amitae. b) Si vir et mulier, ille filiam ejus duxerit, illa filio

ejus nupserit: qui ex patre adolescentis nati erunt, ex matre puellae natos fratris filios, illi eos patruos et amitas appellabunt. — c) Si duo viri alter alterius filiam duxerint, qui ex his masculi nati fuerint, invicem avunculi, quae foeminae, invicem materterae erunt: et eadem ratione masculi puellis avunculi, et illae illis erunt materterae."

2) Hugo a. a. O. S. 485—494.

3) Doch wird der Ausdruck consanguineus nur von den Neueren auf halbbürtige Geschwister von Vater wegen beschränkt, da die Beschaffenheit des neuesten Intestaterbrechts gewissermaßen das Bedürfniß erzeugt hat, für vollbürtige Geschwister und für Halbgeschwister von Vater wegen verschiedene Namen zu haben (Nov. 118. c. 3.) In unseren Quellen werden überhaupt agnatische Geschwister consanguinei genannt (coll. s. Lex Dei XVI, 6. und §. 5. I. *de SCto Tertull.*). Ueber die Bedeutung des Ausdrucks *germani* (§. 3. in f. §. 4. I. *de legit. adgn. succ.*) vgl. Hugo a. a. O. S. 505.

4) L. 27. C. *de inoff. test.* III, 28. Vgl. *Brissonius* v. *uterinus.*

5) Nur auf den Unterschied zwischen Verwandten in aufsteigender Linie (superioris ordinis cognati, auch parentes — L. 51. D. *de V. S.* — L. 201. *eod.*), in absteigender Linie (inferioris o. c — liberi — L. 220. D. *de V. S.* — filii — L 220. §. 1. *eod.* — *Hofacker* princ. jur. civ. Rom. Germ. I. §. 543.), und in der Seitenlinie (ex transverso s. a latere cognati) mag hier aufmerksam gemacht werden. — Vgl. L. 1—4. u. L. 10. D. *h. t.* (XXXVIII, 10.). L. 10. §. 7 sqq. D. *h. t.* (XXXVIII, 10.). Inst. Tit. *de gradib. cognationis.* — c. 2. 4. 6. qu. v. C. XXXV. — cap. ult. X. *de consanguin. et affin.* IV, 14. — *C. F. Sick* Pr. *J. C. Majer* de consanguinitatis ratione ac indole. Tub. 1802. 8. Glück Pand. Bd. XXIII. §. 1209. 1210. S. 160—208. — Klenze a. a. O. S. 179 fg. Note 1.

§. 208.

Adfinität*).

Adfinität (Verschwägerung, Schwägerschaft) ist das durch eine Geschlechtsverbindung begründete Verhältniß, sowohl zwischen den Ehegatten selbst [1]), als auch zwischen dem Einen der Concumbenten und den Verwandten des Anderen [2]), was man vorzugsweise Schwägerschaft nennt. Auch die Schwägerschaft kann eine legitime und eine illegitime seyn [3]); sofern die Adfinität aber zwischen den Concumbenten selber begründet werden soll, muß die Geschlechtsverbindung eine gesetzmäßige im vollen Sinne, d. h. Ehe seyn. Die Wirkungen der Adfinität fallen zum Theil weg, wenn das Verhältniß aufgehoben ist, wodurch sie begründet wurde [4]). Uebrigens ergiebt sich aus dem Begriff der

Cognaten und Adfinen, daß zusammengebrachte Kinder (s. g. comprivigni) weder zu der einen noch zu der anderen Klasse gehören [5]). Grade der Adfinität giebt es eigentlich nicht, obgleich analogisch die Grundsätze über Zählung und Berechnung der Grade auch hier angewandt werden [6]).

*) *C. H. Gmelin* Pr. *C. T. Gmelin* D. de vero conceptu affinitatis ejusque gradibus et generibus, *rel.* Tub. 1801. — Glück Pand. Bd. XXIII. §. 1211. 1212. S. 211—282. §. 1214. S. 378 fgg.

1) A. M. ist *Gmelin* l. l. §. 9. Glück S. 222 fg. und die das. angef. Schriftsteller. S. aber Vat. Fr. §. 262. (vgl. §. 218. in der Ausg. von Buchholtz). L. 38. §. 1. D. *de usur.* XXII, 1. L. 15. C. *de don. ante nupt.* V, 3. und arg. *Paulli* sent. rec. Lib. V. T. 12. §. 2. — *Bynkershoek* obs. jur. Rom. V. c. 6. Klenze a. a. O. S. 110—112. — S. auch L. 8. D. *de cond. c. d. c. n. s.* XII, 4. L. 6. §. 1. L. 8. D. *h. t.* (XXXVIII, 10.) vgl. mit §. 9. I. *de nupt.*

2) L. 4. §. 3. D. *h. t.* — L. 4. §. 10. in f. *eod.* (§. 206. not. 3.). — Ueber die nach canonischem Rechte ehemals auch zwischen dem einen Concumbenten und den geistlichen Verwandten (s. §. 205. a. E.) des Anderen begründete Adfinität s. Glück a. a. O. S. 276 fgg. Eben so über die adfinitas secundi et tertii generis des älteren canon. Rechts *Gmelin* §. 18—26. *Hofacker* T. I. §. 222. und Glück S. 378—389.

3) L. 4. §. 3. *h. t.* L. 14. §. 3. D. *de R. N.* XXIII. 2. — c. 3. u. 4. X. *de sponsalib.* IV, 1. c. 6. u. 10. X. *de eo, qui cognov. consanguin.* IV, 13. — Viele nehmen an, daß nach Röm. Recht die Adfinität stets nur durch eheliche Verbindung begründet werde (z. B. *Gmelin* §. 2. Glück S. 212 fgg.); in Beziehung auf Eheverbote ist dies aber gewiß nicht richtig (L. 14. §. 2. 3. D. *de R. N.*).

4) Vgl. L. 3. §. 1. D. *de postul.* III, 2. L. 1. §. 1. D. *unde vir et uxor.* XXXVIII, 11. — Vat. Fragm. §. 218. u. §. 303. und unten Bd. III. §. 503. 504. — *Heineccius* zu L. Jul. et P. P. Lib. II. c. XVII. §. II. p. 311 sqq. — Klenze a. a. O. S. 112 fg.

5) L. 10. §. 13. D. *h. t.* („evenire solet in his, qui diversis parentibus nati sunt, ut qui meo fratri frater sit, meus cognatus non sit.") L. 34. §. 2. D. *de R. N.* XXIII, 2. — Vgl. *Theophili* Paraphr. ad §. 8. I. *de nupt.*

6) L. 4. §. 5. D. *h. t.* — L. 10. pr. *eod.* — c. 3. C. XXXV. qu. 5. — *Gmelin* §. 16. 17.

§. 209.

Rechte der Verwandtschaft und Adfinität

1) im Allgemeinen.

Der Stand und überhaupt die bürgerlichen Verhältnisse ehelich Geborner richtet sich nach dem Vater, die der

unehelich Gebornen nach der Mutter, zu deren Familie dieselben auch hinsichtlich der cognatischen Erbrechte gehören [1]). Diese und überhaupt alle Cognations-Rechte stehen natürlich den ehelichen Kindern in Beziehung auf die Mutter und deren Familie ebenfalls zu, und einiges Recht haben auch uneheliche Kinder gegen den Vater [2]). Von den allgemeinen Familienrechten haben zwei eine besondere Wichtigkeit: das Eheverbot zwischen nahe verwandten und verschwägerten Personen [3]), und das Intestaterbrecht, welches aber nur unter Verwandten und Ehegatten, nicht unter verschwägerten Personen im e. S. gilt [4]). Ehemals war es auf Agnaten (und Gentilen) beschränkt [5]), allmählig verwandelte sich aber überhaupt das Agnationsrecht beinahe in ein bloßes Verwandtenrecht [6]). Außerdem aber gab es noch manche andere Rechte, die mit der Verwandtschaft, zum Theil auch mit der Adfinität zusammenhingen [6a]). Doch waren sie auf gewisse Grade eingeschränkt, und in heutigem Rechte sind sie theils ganz weggefallen, theils noch mehr beschränkt, wie bei den Römern. Wir dürfen uns also darauf beschränken, zuerst eine Uebersicht von dem Recht der conjunctae personae zu geben, und hiernächst die Lehre von der gesetzlichen Alimentations-Verbindlichkeit folgen zu lassen [7]).

1) a) *Gaji* Inst. I. §. 56. u. 89. *Ulpiani* Fr. V. § 8. u. 10. L. 19. u. 24. D. *de st. homin.* I, 5. (Ausnahmen s. in L. 1. §. 2. D. *ad munic.* L, 1.) L. 9. D. *ad munic.* — b) §. 3. I. *de SCto Orphit.* §. 4. I. *de success. cognat.*

2) L. 8. C. *de naturalib. liberis* V, 27. — S. unten Note 6., auch den folg. §. Nr. 1. Note 2.

3) L. 14. §. 2. 3. L. 54. D. *de R. N.* XXIII, 2. Vgl. den folg. §. Note 3.

4) L. 3. u. 7. C. *commun. de succ.* VI, 59. (S. unten Bd. III. §. 624. Note 2.) — S. übrigens L. ult. C. *de V. S.* VI, 38. — „si quis per suum elogium fideicommissum familiae suae reliquerit, nulla speciali adjectione super quibusdam certis personis facta: non solum propinquos, sed etiam, his deficientibus, generum et nurum" (nämlich *per familiae appellationem significari*).

5) Ueber die noch gebliebenen Verschiedenheiten s. v. Buchholtz juristische Abhandl. (Königsb. 1833.) Dritte Abh. S. 96 fgg.

6) S. Inst. Lib. III. Tit. 3—5. u. Nov. 118.

6a) S. z. B. L. 3. §. 1. D. *de postul.* und den folg. §.

7) Die Alimentations-Pflicht kann allerdings auch durch Vertrag und Testament begründet werden. Indessen zunächst ist es doch immer eine Verwandtenpflicht, und daher ist hier hauptsächlich davon zu handeln, und nicht bei den Obligationen, wo man ja auch nicht das Recht der dos darzustellen pflegt, obgleich auch diese durch Vertrag und Testament bestellt werden kann.

§. 210.

2) Insbesondere a) von den conjunctae personae und deren Rechtsverhältniß *).

Unter den conjunctae personae wurden meistens alle Verwandten in auf- und absteigender Linie verstanden, dann die Seitenverwandten bis zum sechsten und auf der einen Seite bis zum siebenten Grade (sobrini und a sobrinis nati nataeve), endlich die adfines des ersten Grades [1]). Wahrscheinlich ist dies ganze Recht in alter Sitte begründet und nur durch Gesetze und das Edict auf besondere Verhältnisse angewandt [2]). Es hingen damit, mehr oder weniger entschieden, folgende Rechte zusammen: die älteren Eheverbote [3]), die Trauerpflicht [4]), die Familiengerichte [5]), wovon vielleicht als Ueberbleibsel das jus emendandi propinquos anzusehen ist [6]), und eben so der auch im neuesten Rechte bisweilen noch wirksame Familienrath für Unmündige [7]); ferner, die Stellvertretung vor Gericht, schon in sehr früher Zeit [8]), das Verbot, einander nicht wegen Verbrechen öffentlich anzuklagen [9]), wahrscheinlich auch die Ausschließung von gerichtlichen Zeugnissen des Einen für den Andern, wie die c. p. denn entschieden nicht gezwungen werden konnten, gegen einander Zeugniß abzulegen [10]). Sodann wurden sie von manchen beschränkenden Bestimmungen der Gesetze (der Lex Cincia, Lex Furia, Lex Julia et P. P.) ausgenommen [11]), und darum werden sie auch exceptae personae genannt [12]). Auch das gesetzliche Vorkaufsrecht der Cognaten im Concurse mag hiermit in Verbindung stehen [13]), gewiß aber ein Theil des prätorischen Erbrechts [14]), und auch wohl das Recht der Tutel seit der Lex Atilia [14a]).

*) Klenze die Cognaten u. Affinen (Zeitschr. VI.) S. 17—114.

1) Vgl. Vat. Fr. §. 298—302. Fragm. Leg. Servil. (ed. *Klenze*. Berol. 1825. 8.) Lin. X. u. XXII. Vat. Fr. §. 216. L. 1. §. 3. D. *unde cogn.* XXXVIII, 8. — *Klenze* ad Leg. Servil. p. 14 sq. not. 8. u. die Schriftſteller in der folg. Note.

2) Klenze in der Zeitſchr. S. 96—113. — Vgl. *Paulli* sent. rec. IV. Tit. XI. §. 8. L. 4. pr. u. §. 1. D. *de gradib.* XXXVIII, 10. — E. Huſchke Studien des röm. Rechts (Breslau 1830.) S. 117 fg. Note 14.

3) Hierüber, ſo wie über das jus osculi, ſ. Klenze Zeitſchr. S. 17—21. S. 72. (L. 16. C. *de nupt.* V, 3.) S. 88.

4) Klenze a. a. O. S. 32—35. (Nr. 3.) S. 91 fg. — Vgl. Vat. Fr. §. 320. 321.

5) Klenze a. a. O. S. 21—32. (Nr. 2.) S. 89 fg.

6) L. un. C. *de emendat. propinquor.* IX, 15.

7) Vgl. L. 4. und 6. D. *ubi pup. educ. vel mor. deb.* XXVII, 2. (Klenze S. 75 fgg. Note 2.). — §. 4. I. *de susp. tut.* L. 18. C. *de nupt.* V, 4. L. 28. C. *de episcop. audient.* I, 4.

8) Klenze a. a. O. S. 40—52. (Nr. 5.). Vgl. L. 5. §. 5. D. *de his, qui effuder.* IX, 3. (*verb.* dummodo sciamus *rel.*). — L. 1. §. 11. D. *de postul.* III, 1. L. 35. pr. D. *de proc.* III, 3.

9) L. Servil. Lin. X. — Vgl. daſ. L. XXII. — L. 5. pr. D. *de injur.* XLVII, 10. — Klenze a. a. O. S. 36—38.

10) L. 4. 5. D. *de testib.* XXII, 5. L. 10. pr. D. *de gradib.* XXXVIII, 10. — Klenze a. a. O. S. 38 fg. u. daſ. Note 2.

11) Klenze a. a. O. S. 52—72. (Nr. 6.)

12) S. z. B. *Ulp.* Fragm. pr. §. 2. Vat. Fr. §. 310.

13) L. 16. D. *de reb. auct. jud. possid.* XLII, 5. (vgl. L. 14. C. *de contr. emt.* IV, 38.)

14) L. 1. §. 3. D. *unde cogn.* XXXVIII, 8.

14a) Klenze a. a. O. S. 76—86. (Nr. 9.).

§. 211.

b) Von der geſetzlichen Alimentations-Verbindlichkeit.

Mit Ausnahme des Ehemannes liegt den bloßen adfines eine geſetzliche Alimentations-Pflicht nicht ob (ſ. übrigens Note 9.). Von Verwandten ſind folgende dazu verpflichtet: 1) die Aſcendenten beiderlei Geſchlechts und jeglichen Grades, gegen die Deſcendenten jedoch in Anſehung der ehelich erzeugten Deſcendenten zunächſt der Vater oder der väterliche Großvater, und in subsidium die Mutter oder deren Aſcenden-

ten[1]). Ein Gleiches gilt in Ansehung der Concubinen-Kinder[2]). Andere außer der Ehe erzeugte Kinder sind von der Mutter und vom mütterlichen Großvater zu alimentiren[3]), der Vater ist dazu nicht verbindlich, wenigstens nicht nach Römischem Rechte[4]). Incestuosi haben überall keinen Anspruch auf Alimente[5]), wogegen adulterini, wenn dies auch nach Röm. Recht bezweifelt werden könnte, doch nach canonischem Rechte die Alimente zu fordern haben[6]). **2**) In gleicher Art sind Kinder ihren dürftigen Eltern die Alimente schuldig[7]), **3**) in subsidium auch Geschwister einander zu alimentiren verbunden, gleichviel ob die Hilfsbedürftigen Brüder oder Schwestern sind[8]). Auf gewisse Weise findet endlich auch eine Natural-Obligation zu Alimenten für andere nahe Verwandte und nahe adfines Statt, indem sie die freiwillig und ohne Vorbehalt geleisteten Alimente nicht wieder zurückfordern können[9]). Außerdem ist über das Recht der Alimente noch Folgendes hier zu bemerken: a) die Größe der gesetzlichen Alimente bestimmt der Richter nach seinem billigen Ermessen, mit besonderer Berücksichtigung der Vermögens- und Standesverhältnisse, auch der Art der Verbindung zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten, wobei denn auch der Unterschied zwischen s. g. civilia und naturalia alimenta in Betracht kommt[10]); b) wer hinreichendes Vermögen oder sonstige Erwerbsmittel hat, kann auf Alimentation keinen Anspruch machen[11]), und eben so wenig Der, welcher sich in dem Grade gegen den Verpflichteten vergangen hat, daß er als Notherbe von ihm enterbt werden könnte[12]); c) in der Regel ist die Verbindlichkeit eine rein persönliche[13]); **4**) ein sich nur auf den Alimentationspunkt beschränkender richterlicher Ausspruch ist für den status und überhaupt das Familienrecht der Partei unpräjudizirlich[14]); **5**) über noch nicht fällige Alimente darf man sich ohne richterliche Zustimmung nicht vergleichen[15]).

1) L. 4. L. 5. pr. §. 1. 3. 6. L. 8. D. *de agnosc. et alend. lib.* XXV, 3. Nov. 117. c. 7.

2) Nov. 89. c. 12. §. 4. u. 6. c. 13. u. 15. — Vgl. Glück Intestaterbf. §. 130. Note 20.

3) L. 5. §. 4. 5. D. *de agnosc. et alend. lib.* — Ausgenommen ist eine mater illustris L. 5. C. *ad SCt. Orphit.* VI, 57.

4) L. 7. D. *de agnosc. et al. lib.* *H. C. Stever* Sp. an e jure Justinianeo patri incumbat onus alendi spurios. Rost. 1816. 8. — Anders verhält es sich im heutigen Rechte, wofür man sich auch schon auf das can. Recht berufen kann: arg. c. 5. X. *de eo, qui dux. in matr. quam poll. per adult.* IV, 7. *Sam. Stryk* in usu moderno Pand. L. XXV. T. 3. §. 2. 3. — S. überhaupt was die Alimentationspflicht des unehelichen Vaters anbetrifft Heerwart im Archiv für civilist. Praxis Bd. XIV. Nr. XVIII. S. 435 fgg. — Ueber die Verpflichtung des väterlichen Großvaters s. m. Glück Comm. Bd. XXVIII. §. 1289 a. S. 221 fgg. — Eine andere Frage ist, ob die exc. plur. stupratorum, wenn sie gegründet ist, dem Kinde zum Nachtheile gereichen könne? Vgl. über die sehr verschiedenen Ansichten Glück a. a. O. §. 1288 a. S. 193 fgg. Busch in der Themis von Elvers Bd. II. Nr. VII. Heerwart a. a. O. S. 447 fgg. (Nr. III.) — Ob der Vater ein Recht habe, das uneheliche Kind bei sich zu ernähren, ist gleichfalls streitig. S. Kämmerer in der Themis von Elvers Bd. II. Nr. VIII.

5) Nov. 89. c. 15. pr.

6) c. 5. X. *de eo, qui dux. in matr.* Vgl. Glück Intestaterbfolge §. 137. — A. M. ist Spangenberg im Archiv für civil. Praxis I. Nr. V. Kaucher das. III. Nr. XXVI. S. jedoch Duntze im Archiv für civ. Praxis Bd. XII. Nr. VII. S. 115 fgg. und v. Schröter in der Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß Bd. V. Nr. XXI. S. 303 fgg.

7) L. 5. pr. §. 1. 2. 13. 15. D. *de agnosc. et alend. lib.*

8) S. L. 13. §. 2. D. *de adm. tut.* XXVI, 7. L. 4. D. *ubi pup. ed. v. mor. deb.* XXVII, 2. L. 1. §. 2. *de tut. et rat. distr.* XXVII, 3. vgl. mit L. 12. §. 3. D. *de adm. tut.* XXVI, 7. Thibaut Vers. I. Nr. XII. — A. M. ist Weber nat. Verb. §. 102. u. das. Note 6—9. *G. G. Henckell* D. num et quatenus fratres sororesque se invicem alere debeant. Hal. 1819. 8. Müller im Archiv für civ. Praxis Bd. XIII. Bd. XIII. Nr. XIII.

9) L. 27. §. 1. D. *de negot. gest.* III, 5. L. 11. u. 15. C. eod. II, 19. L. 5. §. 14. D. *de agnosc. et alend. lib.* — S. Busch in d. Themis von Elvers Bd. II. Nr. XXI.

10) L. 5. §. 7. 10. 19. 25. D. *de agnosc. et al. lib.* Nov. 89. c. 12. §. 6.

11) L. 5. §. 7. D. *de agn. et al. lib.*

12) Arg. L. 5. §. 11. *eod.* S. dazu die Accurs. Glosse. A. M. ist aber Puggé im Rhein. Mus. Bd. III. S. 559 fgg.

13) L. 5. §. 17. D. *eod.*

14) L. 10. D. *de his, qui sui v. alieni jur.* I, 6. L. 5. §. 9. D. *de agnosc. et al. lib.*

15) L. 8. C. *de transact.* II, 4.

Verbesserungen und Zusätze.

S. 69. Z. 22. ist mit Weglassung der Worte: so wie die nächst folgenden Auflagen, zu lesen: Die erste — erschien u. s. w.

Zu §. 100. S. 196. Note *. S. besonders *Guil. Gust. Busse* Diss. de ratihabitione. Lips. 1834. 4.

Zu §. 113. Note 1. S. 215. Vgl. überhaupt Brandis über absolute relative Nichtigkeit, in der Zeitschr. für geschichtl. R. W. Bd. VII. Nr. IV. u. V.

Zu §. 173. S. 319. Note 16. Vgl. auch Emmerich in d. Zeitschr. f. Civilr. und Proz. Bd. V. Abh. V.

Halle, gedruckt in der Gebauerschen Buchdruckerei.

KÖNIGL. KREISBIBLIOTHEK IN AUGSBURG

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Mühlenbruch, Christian Friedrich,

Lehrbuch des Pandekten-Rechts nach der doctrina pandectarum deutsch bearbeitet

Bd.: 1

Halle 1835

Augsburg, Staats- und Stadtbibliothek -- Rw 1306 -1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11277079-2